UNIVERSITE DU MAINE

FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

ÉCOLE DOCTORALE PIERRE COUVRAT– ED 88

LES ACTES D'INVESTIGATION

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 26 novembre 2010
par

Mademoiselle Farah EL HAJJ CHEHADE

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Professeur Haritini MATSOPOULOU

MEMBRES DU JURY

Monsieur Bernard BOULOC, Professeur à l'université de Paris I (rapporteur).

Madame Morgane DAURY-FAUVEAU, Maître de conférences à l'université de Picardie - Jules Vernes (rapporteur).

Monsieur Stavros TSIKLITIRAS, Maître de conférences à l'université du Maine.

Madame Haritini MATSOPOULOU, Professeur à l'université de Paris-Sud.

L'université du Maine n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mes parents

À mon compagnon de vie Mahmoud

Remerciements

Mes remerciements vont tout d'abord à Madame le professeur Haritini MATSOPOULOU, ma directrice de thèse, pour la qualité de l'encadrement qu'elle m'a prodigué, pour tout son dynamisme et ses compétences scientifiques qui m'ont permis de mener à bien cette étude et surtout pour son soutien constant et sa confiance qu'elle m'a toujours témoignée.

Je remercie les membres du jury qui ont accepté de juger ce travail : Madame Morgane DAURY-FAUVEAU, Messieurs Bernard BOULOC et Stavros TSIKLITIRAS.

Des remerciements sont aussi adressés à tous ceux et celles qui m'ont aidé dans l'élaboration de ce travail.

Un grand merci à ma famille et mes amis au Liban pour leur soutien, leur patience et leurs encouragements. Vous étiez bien présents à mes côtés malgré la distance…

Mes remerciements ne sauraient oublier mon compagnon de vie, Mahmoud ! Sans sa patience, son attention et son soutien chaleureux, ce travail n'aurait pas été mené à son terme.

Résumé et mots-clés

Les règles de procédure pénale visent la découverte de la vérité. Or ces règles ont des bornes. Celles ci sont issues d'un conflit entre les intérêts de la société, aspirant à une répression effective de la criminalité, et ceux du justiciable, qui doit être protégé de procédés attentatoires à ses droits et libertés fondamentaux. L'efficacité de la procédure pénale dépend essentiellement de l'arrivée à un juste équilibre entre ces deux valeurs difficilement conciliables.

L'objectif de cette étude est de définir les actes d'investigation et de se prononcer sur leur caractère légal ou non, étant précisé que la recherche de la vérité ne justifie pas en procédure pénale l'emploi du tout moyen de preuve. Par conséquent, nous nous bornerons dans la première partie à étudier le domaine des actes d'investigation. Un titre premier est consacré aux actes autorisés par la loi, comme les perquisitions, les saisies, les écoutes téléphoniques, les sonorisations et captations d'images, la garde à vue, les constatations, le transport sur les lieux, l'audition, etc. Sont examinés les cadres juridiques d'investigation : les enquêtes de police autonomes et l'enquête subordonnée sur commission rogatoire du juge. Est également pris en compte l'important projet du futur Code de procédure pénale qui préconise la disparition du juge d'instruction et l'institution d'un nouvel cadre d'enquête entre les mains du parquet. De même, sont étudiées les limites à la recherche des preuves, posées par certains principes consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, notamment les principes de dignité et de proportionnalité.
Le deuxième titre porte sur les actes d'investigation non réglementés par la loi, qu'ils émanent des autorités policières et judiciaires ou des particuliers. Sont traités les provocations policières, les stratagèmes, les pratiques discriminatoires et les écoutes clandestines.

La deuxième partie a trait précisément au régime des actes d'investigation les plus attentatoires aux libertés individuelles et aux garanties auxquels ils sont soumis. Le titre premier procède à une analyse détaillée des différents actes intrusifs, qui touchent les aspects les plus intimes de la vie privée : perquisition, saisie, écoutes téléphoniques et sonorisation et captation d'images.
Quant au titre deuxième, il envisage le régime de la garde à vue, véritable atteinte à la liberté d'aller et venir.
Cette recherche intègre les dernières dispositions législatives et l'apport des décisions jurisprudentielles les plus récentes, qu'elles émanent des juridictions nationales ou de la Cour de Strasbourg.

***Mots-clés* :** Preuve, police judiciaire, juge d'instruction, dignité, loyauté, coercition, vie privée, garde à vue.

SOMMAIRE

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS…….5

LISTE DES ABRÉVIATIONS……....7

INTRODUCTION……...10

PARTIE I. LE DOMAINE DES ACTES D'INVESTIGATION ……...24
TITRE I. LES ACTES D'INVESTIGATION RÉGLEMENTÉS PAR LA LOI……...27
Chapitre I. Les cadres juridiques d'investigation……30
Chapitre II. Les conditions d'exécution des actes d'investigation……122
TITRE II. LES ACTES D'INVESTIGATION NON RÉGLEMENTÉS PAR LA LOI.....158
Chapitre I. Les preuves recueillies par les autorités policières et judiciaires……162
Chapitre II. Les preuves produites par les parties…….198
CONCLUSION PARTIE I……..229

PARTIE II. LE RÉGIME DES ACTES D'INVESTIGATION ATTENTATOIRES AUX LIBERTES INDIVIDUELLES……231
TITRE I. LES « ACTES INTRUSIFS »……...234
Chapitre I. Les méthodes « traditionnelles » ayant pour finalité la recherche des preuves……236
Chapitre II. Le recours à des dispositifs « techniques » d'obtention des preuves……301
TITRE II. LES ATTEINTES A LA LIBERTE D'ALLER ET VENIR : LA GARDE A VUE……336
Chapitre I. Le placement en garde à vue……341
Chapitre II. Les garanties entourant la garde à vue……375
CONCLUSION PARTIE II…….436

CONCLUSION GÉNÉRALE……..439

ANNEXE……445

BIBLIOGRAPHIE……469

INDEX……507

TABLE DES MATIÈRES……515

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJ pénal	Actualité juridique pénal
Al.	Alinéa
APJ	Agent de police judiciaire
APJA	Agent de police judiciaire adjoint
Art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. aviation civ.	Code de l'aviation civile
C. civ.	Code Civil
C. com.	Code de Commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. douanes	Code des douanes
CA	Cour d'appel
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
CIC	Code d'instruction criminelle
Circ.	Circulaire
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Cons. **Const**.	Conseil Constitutionnel français
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. route	Code de la route
C. santé publ.	Code de la Santé publique
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789
Déc. DC	Conseil constitutionnel, décision
Décr.	Décret
Dr. pénal	Revue Droit pénal
éd.	Édition

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid	Ibidem
Infra	Ci-dessous
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique)
JO	Journal officiel de la République Française
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
n°	Numéro
Obs.	Observations
Op. cit.	*Opere Citato*
OPJ	Officier de police judiciaire
ord.	Ordonnance
p.	page
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
préc.	Précité
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
RDP	Revue de droit pénal et de criminologie
req.	Requête
RGDP	Revue générale des procédures (Dalloz**)**
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
Somm.	Sommaire
Suiv.	Suivant
Supra	Ci-dessus
T. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance

V.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Il n'est de justice que dans la vérité, il n'est de vérité que dans la justice ».

Emile Zola
« J'accuse… ! »

Chaque jour, plusieurs infractions prévues par le Code pénal ou par un autre texte viennent de se commettre. Cet acte pénalement sanctionné ne doit pas demeurer impuni : il faut rechercher son auteur et le juger, c'est-à-dire constater son éventuelle culpabilité et lui appliquer une sanction dans les limites abstraitement formulées dans le texte d'incrimination – par exemple, la réclusion criminelle à perpétuité pour l'auteur d'un assassinat, l'emprisonnement de trois ans pour l'auteur d'un vol, etc.[1].

L'infraction, une fois commise, implique en principe le déclenchement de l'action publique qui doit permettre de poursuivre et de condamner les auteurs, afin d'assurer la tranquillité et de rétablir l'ordre social troublé par les comportements antisociaux. C'est à la procédure pénale qu'incombe cette lourde tâche. Définie comme l'ensemble des règles qui s'imposent dans la chaîne judiciaire qui suit un crime ou un délit, la procédure pénale a comme objectif principal la recherche de la vérité. C'est en quelques sortes le mode d'emploi pour les policiers, gendarmes et magistrats ; les droits et les devoirs qui les accompagnent dans l'enquête qui va de la constatation d'une infraction à la condamnation définitive de son auteur. Faustin Hélie, l'un des plus grands commentateurs du Code d'instruction criminelle, écrivait déjà en 1863 : « *Les formes de la procédure sont destinées, comme des phares, à éclairer la marche de l'action judiciaire. Elles doivent être assez puissantes pour faire sortir la vérité du sein des faits. Le but de la procédure pénale est la complète manifestation de la vérité judiciaire* »[2].

Si la procédure pénale, dans son ensemble, a comme objectif principal la manifestation de la vérité, la preuve est le moyen d'approcher cette vérité. Définie en procédure générale comme l'ensemble des procédés utilisés pour établir la réalité d'un fait ou l'existence d'un acte

[1] Éric MATHIAS, *Procédure pénale*, 3e éd., Bréal, 2007, p. 8.
[2] Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Nypels, 1863, p. 2 et 3.

juridique[3], ou encore plus techniquement comme tout moyen permettant d'affirmer l'existence ou la non existence d'un fait donné ou encore l'exactitude ou la fausseté d'une proposition[4], la preuve est présente dans tous les domaines de la vie juridique et est déterminante quel que soit le procès. Cependant, elle revêt une importance particulière en droit pénal, plus qu'en toute autre matière, puisqu'il s'agit de démontrer l'existence d'une infraction[5] et de se prononcer sur la culpabilité d'un accusé, dont l'honneur et la liberté sont en cause[6]. Ainsi, en matière répressive, la définition classique doit être complétée, puisque la preuve consiste à démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne ainsi que, normalement, l'intention que celle-ci avait de commettre un tel fait[7] ; elle intéresse donc au premier plan l'ordre public.

La recherche des éléments de preuve étant une des fins essentielles de la procédure pénale, elle reste toutefois une tâche compliquée. Sa difficulté découle essentiellement du fait qu'elle risque de porter atteinte au respect de la vie privée, à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle, disproportionnée par rapport aux besoins d'enquête et d'investigation. Un conflit apparaît alors, entre la nécessaire efficacité des moyens d'investigation, et l'exigence du respect des droits individuels. C'est au Code de procédure pénale que revient la difficile tâche d'aménager les règles, qui permettent aux autorités publiques d'effectuer des actes d'investigation, et protègent, dans le même temps, les droits fondamentaux des individus mis en cause ou suspectés[8].

Ainsi, la procédure pénale doit, tout en permettant de poursuivre et de juger tous les coupables, empêcher qu'un innocent ne soit injustement poursuivi et condamné. C'est donc une matière d'une subtilité, d'une technicité et d'une sensibilité avérées, ceci à cause des conséquences graves que peut entraîner une procédure sur la vie, la liberté, le patrimoine, l'honneur de la personne poursuivie et même de l'ordre social. Faustin HELIE soulignait, dès

[3] Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 13e éd., Dalloz, 2001, p. 434.
[4] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, 5e éd., Cujas, 2001, p. 177.
[5] La preuve en droit pénal, http://www.cabinetaci.com/la-preuve-en-droit-penal.html
[6] La preuve concerne l'ensemble du procès pénal, depuis le soupçon de la commission d'une infraction jusqu'au jugement définitif. Au stade des enquêtes de police, on recherche une ou plusieurs plausibles de soupçonner que la personne considérée a commis ou tenté de commettre une infraction (art. 63 C. pr. pén) ; au stade de l'instruction préparatoire, le juge doit examiner s'il existe des charges suffisantes constitutives d'infraction pour renvoyer l'intéressé en jugement (art. 176 C. pr. pén) et enfin, au stade de jugement, on s'interroge sur la preuve des faits (art. 353 C. pr. pén).
[7] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 5e éd., Litec, 2009, p. 405.
[8] Etienne VERGES, *Procédure pénale*, 2e éd., Litec, 2008, pp. 147-148.

1866, cette idée d'équilibre « *entre deux intérêts également puissants, également sacrés, qui veulent à la fois être protégés, l'intérêt général de la société qui veut la juste et prompte répression des délits, l'intérêt des accusés qui est lui aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la collectivité et de la défense* »[9].

Pour ce faire, le procès pénal est entouré d'un maximum de garanties visant à éviter la violation de certains droits fondamentaux de l'homme. Parmi ces garanties qui lui donnent une physionomie bien distincte du procès civil, figure en première place le principe de la présomption d'innocence, reconnu par le législateur en ces termes : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie » [10]. Il a fallu attendre la loi du 15 juin 2000 pour que cette technique soit solennellement intégrée dans le Code de procédure pénale. Pierre angulaire de la procédure pénale, elle a été depuis longtemps consacrée par les grands textes les plus protecteurs des libertés de tous les temps que sont la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[11], la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948[12], le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques[13] et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme[14]. La Cour européenne rattache la présomption d'innocence aux règles du procès équitable. Elle a ainsi jugé que « la présomption d'innocence figure parmi les éléments du procès pénal équitable[15] et se trouve méconnue si, sans établissement préalable de la culpabilité d'un prévenu, et notamment sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est

[9] Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, Tome I*, 2e éd., Paris, 1866, p. 4.
[10] Art. préliminaire, III, introduit par l'article 1er de la loi du 15 juin 2000.
[11] Art. 9 DDHC : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi* ».
[12] Art. 11, § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* ».
[13] Art. 14, § 2 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».
[14] Art. 6, § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme : « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». V. CEDH, 27 février 1980, *Deweer c/ Belgique*, l'accusation se définit comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale ; CEDH, 20 octobre 1997, *Serves c/ France*, la mise en examen est considérée comme accusation ; CEDH, 6 décembre 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo c/ Espagne*, Série A, n° 146, le juge européen exige des preuves suffisantes de culpabilité. Il interdit au juge l'affirmation de la culpabilité de la personne jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie légalement, donc jusqu'à ce que les voies de recours aient été épuisées.
[15] CEDH, 23 avril 1988, *Bernard c/ France*, *J.C.P*., 1999.I.105, obs. F. SUDRE.

coupable »[16]. La présomption d'innocence oblige donc les autorités publiques à une grande prudence dans l'information des medias. Ces autorités ne sauraient faire des déclarations publiques dans la presse affirmant la culpabilité de telle personne encore présumée innocente[17].

Le Conseil constitutionnel a reconnu le caractère constitutionnel du principe de présomption d'innocence, en sorte que la loi ne peut y porter atteinte[18]. C'est dire que ce principe doit être respecté par toutes les autorités de l'Etat et par ceux qui peuvent y porter atteinte, y compris la presse, au bénéfice non seulement de l'accusé ou du justiciable mais de tout individu, même n'ayant pas ces qualités. Plus largement, ce principe lourd de signification oblige tous les intervenants dans la procédure pénale de la commission de l'infraction au jugement en passant par l'information judiciaire à respecter les droits fondamentaux de l'homme et à rassembler les preuves convaincantes et suffisamment concordantes pour sous-tendre leur décision. La personne suspectée ou poursuivie ne sera reconnue coupable des faits qui lui sont reprochés que s'il existe contre lui des preuves qui établissent sa culpabilité[19] et dont l'absence entraîne par voie de conséquence sa relaxe ou son acquittement[20]. Le principe de la présomption d'innocence porte sur toutes les phases du procès pénal et assure la protection des individus dans leurs rapports avec les autorités étatiques.

Dès lors que la recherche de la vérité soit l'objectif majeur du procès pénal, les questions liées aux actes de recherche des éléments de preuve, apparaissent comme prépondérantes. Comment prouver en matière pénale les faits matériels, domaine par excellence des faits juridiques où contrairement en matière civile, les délinquants cherchent plutôt à faire disparaître les traces de leurs actes délictueux recourant parfois à de savants montages pour égarer la justice ?

---

[16] CEDH, 25 mars 1983, *Minelli c/ Suisse*.
[17] CEDH, 7 août 1996, *Allenet de Ribemont c/ France*, *RTDH*, 1998.65, note S. MARCUS-HELMONS.
[18] Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 19 et 20 janvier 1981 ; déc. n° 89-258 DC du 8 juillet 1989 ; déc. n° 95-360 DC du 2 février 1995.
[19] L'affirmation de ce principe est assortie de quelques limites. S'il est vrai que la présomption d'innocence dont bénéficie la partie poursuivie la dispense théoriquement d'établir son innocence, cette personne n'a toutefois pas une attitude passive en pratique. A vrai dire, la présomption d'innocence suppose que le prévenu n'a pas, en principe, à apporter la preuve de son absence de responsabilité pénale. Cependant, il n'en est pas toujours ainsi. En effet, la loi prévoit plusieurs hypothèses de renversement de la charge de la preuve ; celle-ci doit alors être apportée par la personne poursuivie.
[20] Crim., 9 mai 1908, *D.*, 1909.I.133 ; 19 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 113.

Consciente de cette difficulté, la procédure pénale a porté son choix sur le principe de la liberté des preuves[21]. Enoncé à l'article 427 du Code de procédure pénale[22], ce principe permet de faire usage dans le procès pénal de tous les moyens employés pour faire la preuve[23], à moins que la loi n'en dispose autrement[24]. Pour la matière contraventionnelle, il est renvoyé à cette règle[25] qui a été prévue en matière correctionnelle. Elle est plus généralement tenue pour s'appliquer à toute la matière pénale.

Diverses raisons justifient la règle de la liberté des preuves. En premier lieu, dans le procès pénal, il s'agit d'établir des faits et non des actes juridiques, d'où la difficulté de se préconstituer des preuves, à la différence de ce qui se passe, le plus souvent, en matière civile[26]. En second lieu, cette règle sert le ministère public, et par conséquent les intérêts de la société, car les coupables agissent rarement à visage découvert ; ils s'efforcent de masquer leurs agissements et de faire disparaître les traces qui pourraient les compromettre. La lutte contre la délinquance serait rendue impossible si un système probatoire trop rigide excluait certains modes de preuve[27]. Enfin, l'intérêt supérieur de la répression et de la manifestation de

[21] La procédure pénale optait pour le système des preuves légales dans l'Ancien Droit. Selon la théorie des preuves légales, lorsque la preuve est régulièrement rapportée, elle s'impose au juge avec la force que lui donne la loi. Le juge n'a donc pas de pouvoir d'appréciation quant à la valeur de la preuve. En l'absence de circonstances dont le concours entraîne forcément la conviction du juge, il doit se déclarer non convaincu. Le système de l'intime conviction, né des pratiques des cours au XVIII[e] siècle, a été adopté en France au moment de la Révolution.

[22] Art. 427 C. pr. pén : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ».

[23] La jurisprudence a jugé que la prévision par la loi d'un procédé de preuve particulier pour une infraction déterminée laisse libre le recours à tout autre mode de preuve du droit commun, s'il n'a pas été expressément interdit, V. Crim., 27 octobre 1993, *Bull. crim.*, n° 316 ; 27 mai 1999, *Procédures*, 1999, comm. 258, obs. J. BUISSON ; 28 novembe 2001, *Juris-Data* n° 012603. Par exemple, alors que les articles L. 234-3 et L. 234-4 du Code de la Route prescrivent des règles spécifiques destinées à prouver la conduite en état d'ivresse, les officiers de police judiciaire peuvent faire appel à d'autres moyens de preuve du droit commun, Crim., 24 janvier 1973, *D.*, 1973, comm. 241 ; 6 octobre 1987, *D.*, 1987, comm. 228. C'est ainsi que la Cour de cassation a admis que des gendarmes aient pu démontrer l'état d'ivresse en constatant, à l'aide de plusieurs témoins, qu'un conducteur paraissait endormi au volant, que son haleine sentait fortement l'alcool, qu'il avait un comportement bourru et que sa prononciation était embarrassée, Crim., 12 avril 1995, pourvoi n° 94-84.888 ; 24 avril 1990, *Bull. crim.*, n° 152. Il en est de même de la preuve des infractions en droit de la consommation ; celle-ci peut être rapportée par d'autres modes que ceux prévus par l'article L. 215-3 du droit de consommation, Crim., 25 juin 2003, *R.S.C.*, 2004.427, obs. J. BUISSON. Même jurisprudence à propos de la preuve de l'excès de vitesse : les officiers de police judiciaire pouvant utiliser tous modes de preuve du droit commun, alors que l'arrêté du 7 janvier 1991 prévoit la preuve par radar ou cinémomètre, Crim., 29 septembre 1999, *D.*, 2000.374, note CERE.

[24] Art. 537 C. pr. pén., les contraventions, faits matériels simples, ne peuvent être prouvées que par procès-verbal ou rapport de police, à défaut par témoignage. La preuve d'un élément de nature civile d'une infraction pénale ne peut être rapportée que par les modes du droit civil.

[25] Art. 536 C. pr. pén.

[26] En matière civile, les preuves sont préconstituées et les parties s'efforcent à les conserver afin de les produire en cas de besoin.

[27] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II*, op. cit., p. 193.

la vérité impose le principe[28]. Plus précis, le système de la preuve morale résulte du fait que les conséquences dommageables de l'infraction pénale sont plus considérables que celles engendrées par une simple faute civile d'une part, et que le danger que représente l'auteur de cette infraction est, lui aussi, nettement plus important que celui que représente l'auteur de la faute civile, d'autre part.

Qu'est-ce à dire qu'une infraction se prouve par « tout moyen » ? Est-ce à dire que n'importe quel moyen serait autorisé pour établir la preuve d'une infraction ? Est-il permis de recourir à des artifices ou stratagèmes pour faciliter la découverte de la vérité ?

Car la procédure pénale et le droit pénal – à la différence de la procédure civile et du droit civil qui ne mettent en jeu que des intérêts privés, le plus souvent d'ordre patrimonial seulement -, mettent en cause à la fois l'ordre social troublé par l'infraction et des intérêts privés très souvent de la plus haute importance : la liberté, l'honneur, voire la vie, et pas uniquement des intérêts pécuniaires[29], la vérité ne peut être recherchée par n'importe quel moyen. Une liberté absolue peut conduire certainement à des abus. C'est pourquoi, la loi contient des principes directeurs destinés à garantir la légalité des méthodes d'investigation et à protéger l'individu contre l'arbitraire dans la recherche des preuves. Autrement dit, le principe général de la liberté des preuves, dont le contenu semble signifier que tout mode de recherche est admissible, ne doit toutefois être mal interprété. Afin que soit préservé un équilibre acceptable entre l'intérêt général – la protection de la société – et, dans un Etat de droit, les intérêts individuels, la liberté connaît des limites qui résultent d'une exigence de modération dans les moyens de recherche des preuves. On s'interroge alors sur les prérogatives accordées en ce domaine à l'autorité publique ainsi que sur leurs conditions et limites. Les pouvoirs d'investigation sont sans doute nécessaires à la recherche des auteurs d'infractions et au rassemblement des preuves, mais l'exercice de ces pouvoirs doit se concilier avec celui des libertés individuelles et autres droits fondamentaux.

Une question essentielle se pose dès lors : comment le droit positif concilie-t-il les intérêts de la société, qui exige une répression rapide et certaine des infractions à la loi pénale,

[28] Le système de liberté sert aussi bien les intérêts de l'accusation que ceux des victimes. Il est également utile pour la personne poursuivie qui peut organiser sa défense à l'aide de tous moyens de preuve.
[29] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 15e éd., Cujas, 2010, p. 15.

et ceux du justiciable, qui doit être protégé de procédés attentatoires à ses droits et libertés fondamentaux, deux impératifs apparemment inconciliables ?

L'observation du droit nous conduit à constater que les investigations pénales doivent se combiner avec la présomption d'innocence, avec la légalité et avec l'ensemble des libertés et droits fondamentaux dont l'objet est de protéger les personnes contre les intrusions abusives des agents de l'autorité. Ces ingérences, le législateur les a organisées en réglementant soigneusement divers actes de recueil des preuves et en posant les conditions auxquelles ces actes sont soumis. Reste à savoir si les dispositions posées par le droit français sont conformes aux principes consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Quand bien même le droit pénal admet la liberté de la preuve, trois grandes catégories de procédés peuvent emporter la conviction du juge. Tout d'abord, le principe de la liberté permet de se fonder sur des aveux et des témoignages.
Recherché à tout prix autrefois, l'aveu était considéré comme la reine des preuves. Depuis plusieurs années maintenant, il s'est vu détrôné par l'indice matériel qui est désormais une des preuves la plus recherchée dans l'enquête. Les nouvelles technologies et les nouvelles techniques d'investigations policières envahissent à la fois le paysage criminalistique et le paysage audiovisuel. Les modes de connaissance du délit et de son auteur se trouvent pris dans les capacités techniques et technologiques nouvelles qui pénètrent les répertoires judiciaires.

Il semble soudainement que rien ne puisse plus échapper aux enquêteurs rompus à traquer l'indice le plus infime, armés d'un matériel de plus en plus sophistiqué, soutenus par une capacité d'analyse et d'expertise quasiment infinie[30]. La preuve, par indice, est devenue très importante car son domaine est vaste et s'élargit au fur et à mesure de l'évolution des techniques. Par là même, tout peut être « indice » ou « traces ». Bien évidemment, des écrits tels les lettres missives ou des traces ou encore des objets trouvés sur les lieux pourront servir de preuve à l'infraction. La perquisition, les saisies et le transport sur les lieux permettent alors de découvrir ces indices. L'expertise est parfois nécessaire. Avec les progrès techniques,

[30] « *La criminalistique : la science dans la preuve pénale* », origine.cite-sciences.fr/francais/ala_cite/college/v2/html/2008_2009/conferences/conference_547.htm

il est également possible d'enregistrer la voix grâce à des magnétophones et d'intercepter une communication téléphonique.

Si autrefois le témoignage et l'aveu suffisaient à emporter la conviction des magistrats et des jurés, depuis quelques années, la preuve scientifique est devenue un élément incontournable de l'enquête criminelle. La science est venue au secours de l'enquêteur pour l'épauler dans sa quête de la vérité ces dernières années. Les progrès de la science permettent aux enquêteurs de disposer de constatations d'une extrême fiabilité à l'aide de prélèvements et d'analyses. Les modes de preuve traditionnels sont complétés, voire parfois supplantés, par des procédés nouveaux auréolés du prestige scientifique. Les officiers de police judiciaire peuvent ainsi procéder ou faire procéder sur certaines catégories de personnes à des prélèvements sur le corps[31], aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers. Ces dispositions n'ont pas été jugées contraires à la Constitution[32].

En particulier, le conseil constitutionnel[33] a considéré que l'expression « prélèvement externe » fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés ; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain ; que le prélèvement externe n'affecte pas davantage la liberté individuelle de l'intéressé ; qu'enfin, le prélèvement étant effectué dans le cadre de l'enquête et en vue de la manifestation de la vérité, il n'impose à la « personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction » aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire.
Certaines techniques comme le sérum de vérité ou le polygraphe n'ont pas fait la preuve de leur fiabilité et n'ont pas valeur de preuve dans les tribunaux français.

[31] Sang, urine, cheveu, tissu par exemple.
[32] Les députés requérants font valoir que ces dispositions sont imprécises ; qu'elles portent atteinte à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du corps humain et qu'elles méconnaissent la présomption d'innocence.
[33] Conseil constit., décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2003/2003-467-dc/decision-n-2003-467-dc-du-13-mars-2003.855.html

Par ailleurs, le renforcement de la lutte contre les formes modernes de délinquance ou de criminalité organisée, qui relèvent très souvent de véritables réseaux mafieux particulièrement dangereux, et dont le démantèlement doit constituer une priorité pour les pouvoirs publics, a nécessité de modifier en profondeur des dispositions de procédure pénale relatives aux investigations. En effet, la délinquance traditionnelle s'est développée et structurée, passant d'une forme régionale de grand banditisme à une montée en puissance de nouvelles bandes de malfaiteurs, dont les membres, éloignés du milieu traditionnel, se livrent à une criminalité diversifiée, structurée et fortement internationalisée. La mise en évidence des activités criminelles organisées supposait donc une évolution des méthodes de travail des enquêteurs et des magistrats pour orienter l'action du dispositif répressif vers les investigations approfondies sur des indices d'existence d'un réseau criminel ou de phénomène de délinquance importants, au delà de la seule enquête de proximité destinée à élucider une infraction[34]. La loi du 9 mars 2004 a ainsi autorisé que des officiers de police judiciaire procèdent à des surveillances et d'infiltration. En outre, certaines écoutes téléphoniques ou sonorisations et captation d'images peuvent intervenir en vue de la lutte contre la criminalité organisée.

Sans doute, la police judiciaire doit-elle rechercher les preuves d'infractions et livrer les auteurs après identification aux services judiciaires, mais elle ne peut procéder de manière déloyale. Le respect de la vie, de la liberté et de l'intégrité physique est au cœur de tout système procédural respectueux des droits de l'homme. Les agents de l'autorité ont l'interdiction absolue de recourir à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants afin d'obtenir des aveux. De même, les méthodes diminuant la volonté, telle l'hypnose, sont interdites. Aussi bien, le respect de l'intimité doit être sauvegardé ; toute atteinte à la vie privée ou à la liberté doit être proportionnée. La Cour de Lyon a refusé, par exemple, de prendre en considération le constat d'un huissier qui s'était caché sur le balcon pour constater, sur la demande du mari, que ce dernier était violemment injurié par sa femme[35]. Enfin, le respect des droits de la défense est la condition primordiale pour que la recherche des preuves soit déclarée loyale. La justice doit inspirer confiance et respect ; elle ne peut pas, pour identifier les malfaiteurs, utiliser les procédés que ceux-ci emploient.

[34] Circulaire NOR JUS-D-04-30177 C du 2 septembre 2004 présentant les dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi n° 2004-203 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1er octobre 2004, p. 10.

[35] Waleed Mohemed Hagag Ahmed ABDEL HAFEZ, *La preuve en matière de criminalité organisée*, Thèse, Nantes, 2004, p. 5.

En tant que gardien des intérêts de la société, le système répressif doit apporter une réponse rapide et efficace au phénomène infractionnel. Pourtant, l'intérêt général commande également que soient préservés les intérêts du justiciable, lesquels ne peuvent être sacrifiés au bénéfice de la protection de l'ordre public. Il incombe donc au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2[36] et 4[37] de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire[38]. Cet équilibre entre le besoin d'un système efficace pour rechercher la vérité et maintenir l'ordre public et, le respect des droits et garanties des justiciables, est l'un des enjeux fondamentaux du droit pénal ; peut-être parce que le besoin d'être le plus proche de la vérité est encore plus impérieux qu'en toute autre matière, eu égard aux enjeux d'une procédure pénale qui touchent à la dignité et à la liberté des personnes.

L'émergence au niveau international d'un corpus de règles destinées à renforcer la protection des droits de l'individu vient donner plus de poids à la recherche de la vérité en procédure pénale française. En effet, la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose dans son article 5 que « *nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » et, dans son article 12, que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance* ».

Ces dispositions ont été reprises par la Convention européenne des droits de l'homme. Au sens de l'article 3 de ladite Convention, « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des*

[36] 1.Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. 2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté.

[37] Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes.

[38] Cons. Const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, rendue à propos de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-492-dc/decision-n-2004-492-dc-du-02-mars-2004.897.html

peines ou traitements inhumains ou dégradants ». La Convention prohibe de façon absolue, sans limite aucune, la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, négation de la dignité inhérente à la personne humaine, et érige le droit de ne pas subir de tels traitements en un droit intangible. Ainsi, les brimades, brutalités et sévices infligés aux personnes soumises à l'autorité des forces de police sont interdits.

La Convention protège davantage le droit à la vie privée[39]. Aux termes de l'article 8, « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Dans l'interprétation classique, libérale, des droits de l'homme, ces droits doivent être considérés comme étant négatifs, droits individuels fondamentaux qui comportent seulement de la part de l'Etat des abstentions, des obligations négatives[40]. L'Etat devrait donc se limiter à ne pas s'ingérer dans la vie privée des individus, sauf les restrictions prévues par le deuxième paragraphe de l'article 8 précité. Plus précisément, les droits garantis par l'article 8, soient le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance peuvent être atteints par des mesures d'investigation ; mais, de tels actes n'empiètent légitimement sur la vie des particuliers que dans la mesure où ils sont prévus par une loi, qu'ils s'avèrent nécessaires à la poursuite d'un but légitime, et qu'ils soient proportionnés au but recherché,

[39] Alors même que la notion figure dans l'article 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, elle n'y est nulle part définie. La jurisprudence ne fournit pour sa part que des indices qui permettent au mieux de dresser une typologie des composantes de la vie privée et des atteintes qui sont susceptibles d'y être portées. En revanche, elle ne donne aucune définition précise de la «vie privée», et n'indique pas en quoi consisterait un «droit au respect» de celle-ci.
Analysant la jurisprudence des juridictions françaises, le Président Braibant a déterminé ce qu'englobait la notion de «vie privée», après avoir insisté sur le fait qu'il fallait la distinguer des données personnelles, en affirmant «qu'il apparaît que les éléments qui ont trait à l'individu et à sa vie familiale entrent dans le cadre de la vie privée, et qu'en revanche, les informations relatives au patrimoine et à la vie professionnelle ne bénéficient pas de la même protection, Guy BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n°95-46, La Documentation Française, 1998, p.19.

[40] Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT, *La convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, ECONOMICA, 1999, p. 306.

c'est-à-dire qu'ils visent à rassembler des informations à soumettre à un tribunal, même si des éléments de la vie privée de l'intéressé n'ont en eux-mêmes pas de lien avec l'infraction.

Le droit au respect de la vie privée est protégé par les systèmes juridiques internes des Etats européens. Aussi, cette protection est-elle doublée d'une autre, celle exercée par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a considéré que les ingérences, qui touchent les aspects les plus intimes de la vie privée des individus, ne sont cependant admises que dans les cas où il y a des raisons de gravité particulière et c'est à la Cour d'évaluer de telles raisons[41]. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitime, aux fins du &2 de l'article 8, des ingérences des pouvoirs publics. En évaluant la nécessité de l'ingérence, la Cour précise, en outre, que celle-ci doit être évaluée non seulement par rapport aux buts poursuivis, mais aussi en tenant compte de la nature des activités envers lesquelles l'ingérence est exercée.

Il s'avère donc vrai que si « *la procédure tout entière gravite autour du problème de la preuve* »[42], la recherche de la vérité reste un des sujets les plus complexes de la procédure pénale. Sa difficulté fondamentale s'explique par le fait qu'elle s'analyse toujours dans un conflit entre deux intérêts largement opposés : l'intérêt de la société à une sécurité certaine et le primat de l'individu d'exercer librement ses libertés. Certes, l'intérêt public commande la recherche de la preuve de la manière la plus complète possible ; cependant, il ne saurait autoriser le recours à toutes sortes de pratiques ou d'excès, voire à la violation des droits fondamentaux. Dans un État de droit, il n'est, en effet, pas acceptable que la vérité soit établie par n'importe quel procédé.

En clair, la procédure pénale doit, tout en assurant une juste et rapide répression des infractions commises, respecter les libertés individuelles. L'individu mérite assurément la plus grande attention, qu'il soit auteur ou victime, mais plus auteur que victime[43].

Dès lors, pour effectuer l'étude des actes d'investigation, il importe en premier lieu de développer le domaine des actes d'investigation. Cela revient essentiellement à examiner les actes d'investigation définis par le Code de procédure pénale, avant de mettre l'accent sur

[41] CEDH, 23 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 45.
[42] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II*, op. cit., p. 177.
[43] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 17.

certaines pratiques auxquelles les enquêteurs et particuliers peuvent avoir recours, pour déterminer si elles sont légalement admissibles dans un Etat de droit.

Après avoir précisé le domaine des actes d'investigation, il conviendra de présenter le régime des actes d'investigation attentatoires aux libertés individuelles. Car dès lors qu'un acte de recherche porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux par l'utilisation de la contrainte, il doit être encadré dans de strictes limites. A cet égard, il sera indispensable de détailler les modalités d'établissement de chaque type de preuve et d'exposer les garanties de protection de la vie privée, du secret professionnel et de la liberté d'aller et venir, qui doivent contrebalancer les ingérences des pouvoirs publics dans la vie des personnes subissant ces mesures.

Dès lors, nous étudierons dans une première partie le domaine des actes d'investigation et dans une deuxième partie, le régime des actes d'investigation attentatoires aux libertés individuelles.

PARTIE I : Le domaine des actes d'investigation
PARTIE II : Le régime des actes d'investigation attentatoires aux libertés individuelles

PARTIE I

LE DOMAINE DES ACTES D'INVESTIGATION

Le système judiciaire de chaque Etat a pour objectif de contribuer à assurer la paix sociale qui peut être troublée, d'une part par des litiges d'ordre privé, social, financier ou commercial entre des personnes physiques et/ou des personnes morales et, d'autre part, par des comportements délictueux d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales causant un préjudice soit à des personnes physiques, soit à des personnes morales, soit à la société ou à l'Etat lui-même[44].

La procédure pénale a pour objet de rechercher, de découvrir, de poursuivre et de juger les auteurs des infractions, avec rapidité et certitude, mais doit veiller au respect des valeurs relevant du « respect des droits de l'homme ».

La manifestation de la vérité étant un enjeu essentiel du procès pénal, le Code de procédure pénale ne doit donc pas restreindre les preuves susceptibles d'être produites devant le juge. Les infractions peuvent être prouvées librement[45], mais les actes employés pour rechercher et produire les preuves ne peuvent déborder des cadres posés par le Code et la jurisprudence[46]. Ainsi, n'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des procédés qui entament fortement sa fiabilité ou dont l'admission irait à l'encontre d'une bonne administration de la justice et lui porterait gravement atteinte.

En conséquence, si la preuve pénale peut être rapportée par tout moyen, cela ne signifie pas pour autant qu'elle se soustraie totalement au droit et s'exerce au détriment des droits des parties. En effet, face au risque de dérives, le principe de la liberté, en qui postule l'admission de toute sorte de preuve, doit forcément se concilier avec d'autres principes garantissant les droits et libertés individuelles. La fin ne justifiant pas les moyens, le législateur est intervenu pour réglementer l'exercice de certains pouvoirs, pour interdire certains actes ou méthodes d'enquête même si cela a pour conséquence de freiner, voire d'entraver la lutte contre la délinquance.

Le principe de liberté ne signifie donc pas que l'on autoriserait n'importe quel moyen pour établir la preuve d'une infraction. L'article 427 du Code de procédure pénale signifie

---

[44] Daniel BERNARD, « *Les objectifs de la poursuite* », http://www.iap-association.org/aipp/Conferences%20annuelles/11_IAP/Doc.D.Bernard.pdf

[45] Art. 427 C. pr. pén.

[46] Etienne VERGES, *Procédure pénale*, op. cit., p. 75.

plus modestement que l'existence d'une infraction peut être établie par les modes de preuve admis par la loi. Le législateur a organisé les ingérences étatiques en réglementant soigneusement divers actes de recueil de la preuve qu'il a aménagés en un véritable répertoire des actes d'administration à disposition de l'enquêteur, qu'il soit magistrat ou policier : transport sur les lieux, constatation, examen scientifique ou technique, contrôles et vérifications d'identité, audition, garde à vue, perquisition, fouille, saisie, interception de correspondances émises par la voie des télécommunications, sonorisation et captation d'images[47].

Néanmoins, pour mener à bien sa lutte contre le crime, l'agent d'investigation peut multiplier les actions à l'effet d'arrêter le criminel dont la liberté est un danger pour la société[48]. Est-il permis de recourir à certaines méthodes clandestines consistant en des « artifices ou stratagèmes » destinés à tromper ou à piéger la personne soupçonnée ?

Aussi bien, il convient, dans un titre premier, de procéder à un examen approfondi des dispositions décrites par la loi, avant de s'interroger, dans un titre deuxième, sur les actes non prévus par la loi.

TITRE I : Les actes d'investigation réglementés par la loi

TITRE II : Les actes d'investigation non réglementés par la loi

[47] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 445.
[48] Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 32, L.G.D.J., 1996, p. 744.

TITRE I

LES ACTES D'INVESTIGATION RÉGLEMENTÉS PAR LA LOI

La recherche de la vérité est l'objectif majeur du procès pénal. Suite à la découverte ou au signalement de l'infraction, les enquêteurs procèdent à la recherche des auteurs de l'infraction et à réunir, contre ces auteurs, les preuves de leur culpabilité. La preuve étant toutefois difficile à faire ; aussi facilite-t-on son rapport par la règle de la liberté des preuves. Pourtant, cette règle ne saurait justifier l'emploi de n'importe quels moyens. A vrai dire, la vérité ne peut être produite qu'en vertu des règles d'administration de la preuve contenue dans la procédure pénale, qui établit un équilibre entre légitimité et efficacité.

Un système procédural ne peut organiser en détail tous les types d'investigation concevables[49]. Mais, dès l'instant qu'un procédé de recherche porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux par l'utilisation de la contrainte, il n'est licite que si un texte de loi l'autorise[50]. Conformément à la règle *Nullum judicium sine lege,* tout ce qui n'est pas expressément autorisé est interdit. Il appartient au législateur de fixer les limites de l'exercice par les agents publics du principe de la liberté de la preuve au regard des exigences inhérentes à la préservation des droits et libertés des justiciables. Dans le système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme, certaines restrictions aux libertés et droits fondamentaux sont admises, pourvu qu'elles soient prévues par la loi, qu'elles poursuivent un but légitime et qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique. Ainsi s'explique la réglementation minutieuse des gardes à vue, des perquisitions et saisies, des écoutes téléphoniques, des auditions, des constatations et examens techniques ou scientifiques ou encore des sonorisations et fixations d'images. On estime que l'obtention des preuves ne doit pas se faire au prix de violations des libertés individuelles.

Afin que la poursuite des infractions se déroule dans le respect des libertés fondamentales attachées à chaque personne, mais aussi dans un souci d'efficacité, elle est encadrée strictement par le législateur. Dans le système procédural actuel, l'investigation pénale peut avoir lieu avant et après que l'action publique ait été mise en mouvement. Avant que l'action publique ait été mise en mouvement, l'investigation pénale incombe au procureur de la République assisté de la police judiciaire. Après que l'action publique ait été déclenchée et à condition qu'une information ait été ouverte, l'investigation pénale revient au juge d'instruction et, par le biais des commissions rogatoires, à la police judiciaire. Dans tous les

[49] Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4e éd., ARMAND COLIN, 2002, p. 42.
[50] Crim., 23 août 1994, *Bull. crim.*, n° 291; 4 février 1998, *Bull. crim*., n° 64.

cas, les magistrats et membres de police judiciaire se trouvent dans l'obligation d'agir dans la clarté et conformément à la loi.

Aussi bien, le présent titre comprendra deux chapitres consacrés respectivement aux cadres juridiques d'investigation, et aux conditions d'exécution des actes d'investigation.

CHAPITRE I : Les cadres juridiques d'investigation
CHAPITRE II : Les conditions d'exécution des actes d'investigation

CHAPITRE I
LES CADRES JURIDIQUES D'INVESTIGATION

Dans un Etat de droit, la recherche des auteurs d'infractions à la loi pénale et le rassemblement des preuves s'effectuent dans un cadre juridique précis et strictement réglementé. Lorsqu'un comportement interdit par la loi et passible de sanctions pénales est commis, il doit être constaté au premier rang par la police judiciaire[51]. Durant cette période, la police judiciaire est chargée de constater les infractions à la loi pénale[52], d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs[53]. Sa mission consiste donc à éclairer le ministère public qui, grâce aux investigations de la police placée sous sa direction, sera précisément mis en mesure d'apprécier l'opportunité des poursuites, c'est-à-dire de se prononcer sur les suites à donner à l'affaire : classement sans suite, citation directe devant la juridiction de jugement, ou réquisitoire afin d'informer qui saisira le juge d'instruction et déclenchera l'ouverture d'une information. Les divers pouvoirs de la police judiciaire sont répartis entre des cadres juridiques dénommés « enquêtes » lesquelles peuvent être définies comme une suite d'actes qui, ayant pour objet la recherche plus ou moins coercitive des preuves, sont articulés autour d'une finalité judiciaire, la manifestation de la vérité.

C'est à l'issue de l'enquête de police que le procureur peut décider de poursuivre la recherche des preuves par l'ouverture d'une instruction. C'est la phase de la procédure au cours de laquelle les pouvoirs des autorités publiques sont accrus, de sorte que les atteintes aux libertés et droits fondamentaux sont plus graves. Ici, c'est le juge d'instruction qui dirige l'information. L'étendue de ses pouvoirs est fixée par l'article 81 du Code de procédure pénale. Chargé de réunir les éléments nécessaires à la qualification de l'infraction et des

[51] Ayant pour objet la recherche des preuves, la police judiciaire tire sa dénomination de sa finalité, la manifestation de la vérité judiciaire, laquelle participe de la finalité globale du maintien de l'ordre public. Elle a en effet pour mission de constater une infraction réelle ou supposée. Cette finalité permet, selon une jurisprudence constante, initiée par le Conseil d'Etat qui en a fait le critère de la distinction entre ces deux branches de la police, reprise par le Tribunal des conflits, et par les juridictions judiciaires, de la distinguer de la police administrative, définie comme « l'ensemble des moyens juridiques et matériels mis en œuvre par les autorités administratives pour assurer, maintenir ou rétablir l'ordre public, Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 439.

[52] La constatation des infractions à la loi pénale est une attribution propre de la police judiciaire, qu'elle exerce notamment par la réception des plaintes et des dénonciations, prévue par le Code de procédure pénale, mais aussi par d'autres moyens tels que la surveillance de milieux de malfaiteurs ou de lieux propices à la commission d'infractions.

[53] Art. 14, al. 1 C. pr. pén.

charges imputables à son auteur, le magistrat instructeur dispose de pouvoirs d'investigation et de pouvoirs coercitifs importants. Il peut ainsi accomplir tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité, à la seule condition de les réaliser conformément à la loi. Ces actes sont, en définitive, les mêmes que ceux qui peuvent être réalisés dans le cadre des enquêtes de police parce qu'ils ont le même but, rechercher les éléments de preuve. Néanmoins, même après l'ouverture du procès pénal, la police judiciaire se manifeste encore, mais en secondant cette fois les juridictions d'instruction ; sous leur contrôle, elle exécute leurs délégations et défère à leurs réquisitions[54]. Plus précisément, lorsque le juge d'instruction saisi se trouve dans l'impossibilité de procéder lui-même à tous les actes de l'information, il peut les déléguer à un magistrat ou à un officier de police judiciaire par le mécanisme de la commission rogatoire[55]. L'exécution spontanée constitue le principe, la délégation de pouvoir doit demeurer exceptionnelle dans la mesure où le juge ne doit pas se déposséder de son instruction. Cependant, en pratique, principe et exception ont été inversés. La commission rogatoire est devenue le principe et l'exécution spontanée l'exception.

Pourtant, cette procédure héritée du Code d'instruction criminelle réformé, qui supposait deux phases successives avant la comparution devant la juridiction de jugement a été remise en cause. En effet, ces dernières années, le rôle du parquet n'a cessé de progresser au détriment de celui du juge d'instruction. Le plus gros des affaires pénales est traité par la police judiciaire sous le contrôle du procureur de la République. Le juge d'instruction instruit les affaires les plus complexes et les plus graves, concrètement 4 % des crimes et délits commis sur le territoire. Par ailleurs, depuis la fameuse affaire d'Outreau, le rôle du juge d'instruction est de plus en plus critiqué, car il ne ferait souvent que prolonger des enquêtes initiées par le parquet. L'image de ce garant de l'équilibre des forces dans l'arène judiciaire s'est progressivement ternie à coups d'erreurs et d'abus.

La loi du 5 mars 2007 a entendu mettre un terme à l'isolement du magistrat instructeur, en développant, d'une part, le système de la cosaisine des juges et la création des pôles de l'instruction, et en introduisant, d'autre part, la collégialité de l'instruction[56]. En

[54] Art. 14, al. 2 C. pr. pén.
[55] Les actes accomplis de la sorte par la police judiciaire se rattachent étroitement à l'instruction, ils sont des actes d'instruction.
[56] Haritini MATSOPOULOU, La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction, in *La Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale – Opinio doctorum*, Thèmes et commentaires, éd. Dalloz, 2009, p. 193.

réalité, cette loi s'est largement inspirée des propositions de la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau, pour qui cette collégialité doit être comprise comme la volonté d'instituer le plus en amant possible de la procédure pénale un travail d'équipe, pour faire échec le plus tôt possible à tout risque d'erreur[57]. En d'autres termes, le système de la collégialité, qui permet de « croiser les regards » sur une affaire complexe, présente le grand avantage de remédier aux inconvénients résultant de l'« isolement » du juge d'instruction en réduisant ainsi le risque d'erreurs judiciaires[58]. Mais, le principe de la collégialité, qui se conçoit mieux pour les actes juridictionnels que pour les actes d'enquête, a été sérieusement remis en cause par le rapport du comité Léger. Ce comité, chargé de formuler des propositions visant à réformer la procédure pénale, préconisait la suppression du juge d'instruction, pour lever l'ambiguïté de la fonction, et le transfert au parquet de l'enquête pénale.

La question de la disparition du juge d'instruction s'est à nouveau posé quand le président de la République a annoncé, lors de son allocution faite à l'occasion de l'audience solennelle de la Cour de cassation, le 7 janvier 2009, qu'une telle suppression paraissait souhaitable et qu'il convenait de confier la conduite des enquêtes aux procureurs, dans le cadre d'une réforme de la procédure pénale.

Un peu plus d'un an après cette annonce, un avant-projet de réforme du Code de procédure pénale a été développé. Avec 225 pages, et plus de 800 articles, ce premier volet de la grande refonte voulue par le chef de l'Etat, bouleverse la phase d'enquête de fond en comble. La philosophie du nouveau texte consiste à supprimer la fonction du juge d'instruction et à transférer au parquet, c'est-à-dire aux procureurs hiérarchiquement subordonnés à la chancellerie, la conduite des enquêtes.

En définitive, les pouvoirs d'enquêtes sont prévus par le Code de procédure pénale actuelle dans le cadre de deux modalités d'intervention : l'enquête conduite par les services de police judiciaire sous la direction du ministère public (Section I) et la commission rogatoire, menée par les mêmes services, mais sous la direction du juge d'instruction (Section II).

[57] Ibid.
[58] Haritini MATSOPOULOU, « *A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *in : JCP G* 2009, n° 13, p. 5.

Néanmoins, une réforme projetée du Code de procédure pénale tend à simplifier la phase préparatoire, par l'institution d'un cadre unique d'enquête, au sein duquel les investigations seraient conduites sous la direction du ministère public (Section III).

Il convient, dès lors, d'étudier dans les trois sections suivantes, les enquêtes policières permettant une action autonome, les enquêtes subordonnées et la nouvelle enquête prévue par l'avant-projet du futur Code de procédure pénale.

SECTION I
LES ENQUETES DE POLICE EFFECTUÉES D'OFFICE

Le rassemblement des preuves exige des attributions d'enquête que le Code de procédure pénale confie à la police judiciaire. Ces attributions sont strictement réglementées par la loi dans deux cadres d'enquêtes, cadre juridique dans lequel toute action de la police judiciaire doit impérativement s'inscrire : l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance[59].

Diligentées par les services de la police nationale ou de la gendarmerie nationale, ces deux enquêtes consisteront en l'accomplissement d'actes de procédure destinés à rechercher, à découvrir et à exploiter avec efficacité les preuves nécessaires au jugement des infractions poursuivies. Elles sont soumises à des impératifs communs : respecter le droit de toute personne à être jugée dans un délai raisonnable[60] et favoriser le droit des victimes à réparation[61]. Elles répondent à une évidente triple nécessité : démontrer tout de suite l'inanité de plaintes ou dénonciations fantaisistes ou peu susceptibles de suites efficaces, permettre au ministère public d'apprécier l'opportunité de la poursuite et éviter d'ouvrir des instructions inutiles dans les domaines où l'instruction préparatoire n'est pas obligatoire.

Cependant, le Code de procédure pénale distingue l'enquête sur infraction flagrante et l'enquête dite « préliminaire », qui se place hors flagrance. Enquête préliminaire et enquête de flagrance semblent ainsi constituer deux cadres juridiques nettement distincts de l'action policière. La distinction se fonde sur une idée simple : Au cas d'infraction flagrante, il est indispensable de procéder rapidement, si l'on veut éviter de voir disparaître les preuves encore manifestes de l'infraction, et de brouiller les pistes qui conduisent au coupable. Les pouvoirs reconnus aux enquêteurs sont donc plus larges et les mesures protectrices des libertés individuelles sont moins exigeantes lorsqu'il s'agit d'une enquête de flagrance.

---

[59] Il convient ici de noter que la loi du 4 janvier 1993 est venue abroger les dispositions de l'enquête sur délégation préfectorale, portées par l'ancien article 30 du Code de procédure pénale.

[60] Art. 77-2 C. pr. pén.

[61] Art. 53-1 et 75 C. pr. pén. : Les officiers et agents de police judiciaire ont l'obligation d'informer, par tout moyen, les victimes de leur doit d'obtenir réparation du préjudice subi, de se constituer partie civile si l'action publique est mise en mouvement par le parquet ou en citant directement l'auteur des faits devant la juridiction compétente ou en portant plainte devant le juge d'instruction, d'être assistées d'un avocat si elles souhaitent se constituer partie civile[61], d'être aidées par un service relevant d'une ou de plusieurs collectivités publiques ou par une association conventionnée d'aide aux victimes et de saisir, le cas échéant, la commission d'indemnisation des victimes d'infraction, lorsqu'il s'agit d'une infraction mentionnée aux articles 706-3 et 706-14.

Il convient, dès lors, d'examiner, dans un premier paragraphe, l'enquête sur infraction flagrante, puis, dans un deuxième paragraphe, l'enquête préliminaire.

&I. L'ENQUETE DE FLAGRANCE

La survenance d'un crime ou d'un délit est la cause d'un trouble à la paix publique et d'une atteinte à la sécurité des personnes et des biens. Les enquêteurs disposent alors de différents types d'enquête. Il convient d'accorder à ceux qui sont chargés par la loi de pouvoirs étendus d'en rechercher les auteurs. Pourtant, l'urgence de la situation impose que l'enquête soit menée dans les conditions maximales d'efficacité et qu'elle aboutisse dans les meilleurs délais.

L'enquête de flagrance, parfois dénommée « enquête de flagrant délit », peut être définie comme le cadre juridique qui autorise une administration coercitive de la preuve, après qu'a été constaté un crime ou un délit dont la commission est d'une antériorité récente. Elle a pour fondement l'urgence qu'il y a à recueillir les preuves encore existantes, indispensables à la manifestation de la vérité, d'une infraction dont la commission est récente[62]. Elle concerne des infractions qui se voient, s'entendent, se perçoivent et vise essentiellement à empêcher les preuves de disparaître.

Ce cadre d'enquête a été créé par le législateur face à la nécessité d'une rapide réaction pénale pour mettre fin au trouble causé par l'infraction et pour conserver les preuves. A partir d'une situation de flagrance, l'enquête de flagrant délit pourra être mise en œuvre. Elle donne alors des pouvoirs importants aux enquêteurs pour leur permettre de remplir efficacement leur mission de police judiciaire, définie à l'article 14 du Code de procédure pénale: de constater les infractions, en rassembler les preuves et rechercher les auteurs. Selon A. BESSON, « les plus larges pouvoirs ont été accordés à la police judiciaire en cas de flagrant délit[63] ». Toutefois, alors que la flagrance ne conférait encore que des pouvoirs réduits[64], certains

[62] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 441.
[63] « *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale* », *R.S.C.*, 1959.273.
[64] La procédure de flagrance a toujours existé, même si les pouvoirs conféraient aux agents de la force publique étaient réduits. La notion de flagrant délit a cependant était consacrée par le code du 3 Brumaire an IV et les mêmes termes ont été repris par le Code d'instruction criminelle. Toutefois, les pouvoirs d'investigation étaient confiés principalement au procureur, alors qu'ils n'étaient confiés qu'accessoirement au juge de paix, aux officiers de gendarmerie et aux commissaires de police. Les officiers de police judicaire, quant à eux, n'avaient

auteurs, tel que M. FAURE, lors de la préparation du Code d'instruction criminelle, considéraient qu'il fallait donner les moyens d'une réaction rapide et efficace à la force publique pour éviter le dépérissement des preuves et la fuite de la personne soupçonnée. Cependant, la procédure prévue en présence d'une infraction flagrante n'est pas obligatoire. L'officier de police judiciaire peut en effet opérer selon les règles de l'enquête préliminaire si, pour telle infraction, les circonstances de l'espèce le commandent.

L'enquête de flagrance est régie par les articles 53 à 74-1 du Code de procédure pénale. Elle confère à la police des pouvoirs très importants, dangereuses pour les libertés individuelles. Cette conséquence d'importance impose d'étudier, dans un premier temps, à quelles conditions une telle procédure peut être ouverte (A), avant d'examiner comment elle se déroule (B).

A. L'OUVERTURE DE L'ENQUETE DE FLAGRANCE

L'enquête de flagrance suppose l'existence d'une infraction flagrante (1) qui soit, dans le même temps, une infraction suffisamment grave (2).

1. La flagrance de l'infraction

Il importe d'indiquer, tout d'abord, les cas dans lesquels une enquête de flagrance peut être ouverte (a), ensuite, la notion de flagrance (b).

a. Les différents cas de flagrance

L'enquête de flagrance peut être diligentée pour toutes les infractions qui entrent dans le champ d'application de l'article 53 du Code de procédure pénale (aa). A ces hypothèses générales de flagrance s'ajoutent des situations faussement assimilées, définies aux articles 74 et suivants dudit Code. En effet, le législateur autorise qu'il soit procédé aux actes d'investigation prévus en enquête de flagrance, dans des situations particulières qui

alors que la possibilité de constater les contraventions, recevoir les plaintes et dénonciations, donner avis au Parquet des infractions dont ils avaient connaissance. Il faudra attendre le code de procédure pénale pour donner à la police judiciaire ses pouvoirs actuels.

nécessitent d'agir efficacement et dans l'urgence. Il s'agit d'enquêtes spécifiques qui suivent le régime de la flagrance (bb). Ces situations ne sont pas exclusives l'une de l'autre. En pratique, les agents recueillent souvent des indices qui assurent la caractérisation de la flagrance par le biais de plusieurs situations.

aa. Les cas principaux de flagrance

La notion d'infraction flagrante a été quelque peu remaniée par l'article 53 du Code de procédure pénale. Elle comprend désormais non seulement l'infraction qui se commet actuellement (i) ou qui vient de se commettre (ii) ; mais il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un très voisin à l'infraction, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique (iii) ou est trouvé en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé à l'infraction (iv).

i. Le crime ou le délit se commettant actuellement

L'infraction flagrante à proprement parler est celle qui se commet actuellement. C'est l'infraction qui peut être perçue par l'un des sens de perception, notamment par la vue et par l'ouïe. Cette perception doit reposer sur des indices objectifs qui laissent à penser qu'une infraction se commet actuellement, en sorte que le coupable est surpris dans l'action : on assiste à un meurtre commis sous yeux par exemple. Plus précisément, elle doit être manifestée par des indices apparents d'un comportement délictueux[65]. Ainsi, dans un arrêt célèbre, *Isnard*, la Cour de cassation a-t-elle retenu que : « le simple fait que cet individu avait la réputation de se livrer au trafic des paris aux courses n'autorisait pas un commissaire de police, sans mandat du juge, à le fouiller dans la rue, alors que la possession des fiches ne lui était révélée par aucun indice extérieur »[66].

Lorsque la commission de l'infraction ne se révèle donc par aucun indice extérieur objectif, le policier ou le gendarme ne peut ouvrir une enquête de flagrance, alors même qu'il aurait la conviction, juridiquement analysée en un soupçon, de sa consommation actuelle. Tel

[65] En ce sens, André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *le droit de la police*, 2e éd., Litec, 1998, p. 279.
[66] Crim., 22 janvier 1953, *Bull. crim.*, n° 24, *J.C.P.*, 1953.II.7456, rapp. BROUCHOT.

est le cas pour les infractions occultes, consommées dans un lieu clos auquel le policier ou le gendarme n'a pas, en l'état de ses connaissances, légalement accès. Celui-ci sera obligé de diligenter d'abord une enquête préliminaire qui lui permettra éventuellement, par le recueil d'indices objectifs tels que les auditions de témoins, de caractériser un crime ou un délit flagrant. A défaut, le résultat de son enquête pourra servir de fondement à l'ouverture d'une information et à la conduite d'investigations sur commission rogatoire[67].

ii. Le crime ou le délit venant de se commettre

L'infraction qui vient de se commettre constitue le deuxième cas prévu par l'article 53 du Code de procédure pénale. C'est le cas de l'antériorité immédiate du crime ou du délit : on tient dans ses bras la victime qui agonise par exemple. La loi traite comme une infraction flagrante celle qui « vient de se commettre » avec laquelle on entre dans l'incertitude. Au temps du Code d'instruction criminelle où la même expression figurait, la jurisprudence considérait que la commission d'une infraction donnait naissance à une période de flagrance susceptible de durer une quarantaine d'heures[68], et pendant laquelle les enquêteurs pouvaient se saisir en flagrance. Encore, certaines décisions ne faisaient-elles partir ce délai que de la découverte des faits et non de leur commission, ce qui pouvait aller loin. Le Code de procédure pénale ayant repris l'expression même du Code d'instruction criminelle, on doit considérer qu'il a entériné la jurisprudence. Sur ce dernier point, la loi exige une certaine proximité dans le temps.

iii. La poursuite de la personne par la clameur publique

Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique. La clameur se distingue évidemment de la rumeur qui ne saurait légitimer une telle enquête puisqu'elle ne permet que le soupçon. Elle consiste essentiellement dans le cri lancé par la victime ou les témoins à l'encontre de l'auteur présumé qui prend la fuite, une fois l'infraction commise. La clameur est l'expression, le cri ; elle peut être, par exemple, l'exclamation « A l'assassin ! », « Au

[67] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 448.
[68] Le jour entier de la commission et les vingt-quatre heures suivantes.

voleur ! Au voleur ! ». L'existence légale paraît interdire une constatation dans un temps trop éloigné de celui de la commission de l'infraction[69].

iv. La découverte d'une personne trouvée en possession d'objets ou présentant des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé à l'infraction

La quatrième situation qui illustre la possibilité d'ouverture d'une enquête de flagrance est celle dans laquelle une personne, dans un temps très voisin de l'action, est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces, ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit. En dépit d'une rédaction défectueuse, le législateur a envisagé l'hypothèse dans laquelle une telle personne est remarquée par un policier ou un gendarme qui, ignorant qu'une infraction a été commise, perçoit dans les objets ou indices découverts la commission récente d'une infraction[70]. Tel serait le cas de la découverte, au cours d'une perquisition, d'objets qui, semblant avoir une origine frauduleuse, permettant d'induire l'existence d'un recel[71]. La flagrance serait également caractérisée si lors d'un contrôle routier, l'officier de police judiciaire venait à apercevoir sur le siège d'une voiture des bijoux maladroitement dissimulés, une arme[72] ou à détecter une forte odeur de cannabis[73].

Le délai entre la commission de l'infraction et la constatation qu'une personne est trouvée en possession d'objets ou présentant des traces ou indices permettant de croire qu'elle a participé au délit est très réduit. Il doit être « très voisin » de l'infraction, ce qui reste livré à la seule appréciation arbitraire du juge.

Mais, les objets, traces ou indices doivent-ils être apparents ? Pris à la lettre, le texte permet de répondre par l'affirmative pour les traces ou indices que l'individu doit « présenter » mais autorise, au contraire, à penser qu'on peut fouiller pour mettre en évidence les objets puisque l'intéressé doit en être « trouvé en possession ». Il serait cependant contestable qu'on soit autorisé à faire, dans le cadre d'une hypothèse de flagrance qui

[69] Mais la clameur lancée plusieurs jours après les faits à l'encontre de l'auteur reconnu justifierait cependant l'appréhension de celui-ci.
[70] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 449.
[71] Crim., 17 novembre 1998, *Bull. crim.*, n° 302.
[72] Crim., 2 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 93; 5 janvier 2005, *Procédures* 2005, comm. 111, obs. J. BUISSON.
[73] Crim., 4 novembre 1999, *D.* 2000, IR, p. 23.

s'éloigne davantage de l'infraction, ce qu'on ne pouvait faire pour celle qui en était la plus proche.

En dehors des hypothèses de l'article 53 qui viennent d'être examinées, le législateur autorise le recours aux pouvoirs élargis du flagrant délit dans certaines situations où il importe de procéder à des constatations immédiates et urgentes.

bb. Les cas spécifiques justifiant l'application des règles de la flagrance

Ces cas sont placés, dans le Code de procédure pénale, à la fin du chapitre consacré aux infractions flagrantes, et comme elles renvoient en partie à des pouvoirs conférés à la police judiciaire en cas d'enquête de flagrance, la doctrine les présente souvent comme des infractions assimilables à la flagrance.

A l'analyse, ces enquêtes sont, en réalité, des enquêtes *sui generis*, ne répondant pas aux fondements des enquêtes de police judiciaire en ce qu'elles sont ouvertes non pas pour « constater les infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs », mais pour découvrir les causes d'une situation donnée, à propos de laquelle le législateur estime indispensables, pour des raisons d'ordre public, des investigations. Ces situations permettent même, pour deux d'entre elles, l'ouverture d'une information, seules hypothèses d'ouverture d'une instruction non fondée sur la commission d'une infraction pénale. Une telle information n'a d'autre finalité que l'explication d'ordre causal. La poursuite d'une infraction pénale éventuellement découverte supposerait que soit pris un réquisitoire introductif au sens de l'article 80 du Code de procédure pénale[74].

Marginales au regard de la division entre enquête préliminaire et enquête sur infraction flagrante, ces enquêtes spéciales disposent néanmoins d'une autonomie qui invite à les envisager dans leurs domaines respectifs : il en existait traditionnellement deux (i). Trois autres cas de flagrance ont été ajoutés par des lois récentes (ii).

[74] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 450.

i. Les deux cas traditionnels

Il s'agit de la réquisition du chef de maison (§1) et de la mort suspecte (§2).

§1. La réquisition du chef de maison

La loi n° 99-515 du 23 juin 1999, renforçant l'efficacité de la procédure pénale, a supprimé ce que l'on appelait traditionnellement la flagrance par assimilation. En particulier, l'ancien alinéa 2 de l'article 53 du Code de procédure pénale prévoyait que pouvait être assimilé au délit flagrant tout crime ou délit qui a été commis dans une maison**,** dont le chef ou le légitime occupant requérait le procureur de la République ou un officier de police judiciaire de le constater. Cette disposition donnait, en réalité, la possibilité aux policiers de mettre en œuvre la procédure de flagrance, même si l'infraction avait été commise plusieurs jours ou semaines auparavant. En d'autres termes, la constatation pouvait prendre place plusieurs jours après la commission de l'infraction de sorte qu'il s'agissait là d'une forme de flagrance détachée de toute urgence[75]. Aussi bien, ce texte a-t-il fait l'objet de vives critiques, dans la mesure où il élargissait considérablement le domaine de flagrance. Cependant, pour le professeur Madame MATSOPOULOU, même après l'abrogation de la flagrance par assimilation, les enquêteurs pourront continuer à agir en flagrance, si, requis par un chef de maison, ils constatent que l'infraction commise est récente et remplit les critères posés par l'aliéna 1er de l'article 53 du Code de procédure pénale[76].

§2. L'enquête de mort suspecte

L'article 74 du Code de procédure pénale énonce qu'en cas de découverte d'un cadavre, qu'il s'agisse ou non d'une mort violente, mais si la cause en est inconnue ou suspecte, l'officier de police judiciaire qui en est avisé informe immédiatement le procureur de la République, se transporte sans délai sur les lieux et procède aux premières constatations.

[75] Fréderic DEBOVE et François FALLETTI, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 3^{e} éd., PUF, 2010, p. 556.
[76] Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal et procédure pénale*, 17^{e} éd., Sirey, 2009, p. 258.

Dans la pratique, cette enquête est appelée « enquête-décès » ; elle est réservée à la situation suivante : la cause de la mort d'un individu est inconnue ou suspecte, que cette mort soit violente, d'origine traumatique, ou naturelle résultant de la maladie ou du vieillissement, sans qu'un indice puisse autoriser à laisser penser à la commission d'une infraction. Cette hypothèse est évidemment rare car dans l'immense majorité des cas, les morts sont naturelles et lorsqu'elles ne le sont pas, l'homicide parait très probable. Ainsi, si un cadavre est découvert portant des marques évidentes de la commission d'un homicide, la cause de la mort n'étant plus alors inconnue ou suspecte, la police judiciaire déclenchera alors une enquête de flagrance ou préliminaire. Suspects ou non suspects, des « signes ou indices de mort violente » suffisent d'ailleurs à suspendre l'inhumation d'une personne décédée au constat, par procès-verbal, d'un officier de police judiciaire ou d'un médecin de l'état du cadavre[77]. Dès lors, face à une incertitude, l'officier de police judiciaire avise immédiatement le procureur de la République et se transporte sur les lieux où il procède aux premières constatations. Le magistrat du parquet peut également se rendre sur place s'il le juge nécessaire ; sinon, il peut déléguer à un officier de police judiciaire la conduite des opérations.

Ainsi, la loi a-t-elle voulu conférer au procureur de la République ou, sur sa délégation, à un officier de police judiciaire, des pouvoirs destinés à lui permettre de rechercher et de découvrir la ou les causes d'un décès qui ne parait pas provenir de la commission d'une infraction. L'officier de police judiciaire peut, sur délégation du procureur de la République, requérir un docteur en médecine en vue de déterminer les causes ou l'origine de la mort. Il peut se faire assister de personnes qualifiées capables d'apprécier la nature des circonstances du décès, sur le modèle des dispositions des articles 60 et 77-1 du Code de procédure pénale. Certes, cette assistance ne peut consister en une expertise. En pratique, et afin de vérifier que la mort ne résulte pas d'une infraction, un médecin légiste sera appelé pour procéder d'abord à la levée du corps, c'est-à-dire aux premières constatations qui sont réalisées sur le lieu de la découverte du cadavre, puis à l'autopsie[78], en vue de rechercher les causes de la mort.

S'il apparait que l'origine du décès est naturelle ou résulte d'un suicide, le procureur de la République classe le dossier sans suite. Si la cause de la mort reste indéterminée, il peut

[77] François FOURMENT, *Procédure pénale*, 4e éd., Paradigme, 2004, p. 99.
[78] Crim., 20 janvier 1977, *Bull. crim.*, n° 28.

requérir l'ouverture d'une information judiciaire aux fins de recherche des causes de la mort. Les conditions du déroulement de la procédure d'information ont été clarifiées dans un nouvel article 80-4 du Code de procédure pénale. Conformément aux dispositions dudit article, issu de la loi du 9 septembre 2002, le juge d'instruction saisi peut user des pouvoirs d'instruction de droit commun. Il est ainsi possible de procéder à toutes expertises, auditions, réquisitions et perquisitions utiles à la manifestation de la vérité et de délivrer à cette fin une commission rogatoire aux enquêteurs. Le placement en garde à vue ne peut toutefois intervenir qu'à l'encontre des personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis une infraction, ce qui peut ensuite justifier la délivrance d'un réquisitoire introductif ouvrant une information relative à l'infraction ainsi découverte et permettant alors, dans le cadre de cette information, de procéder le cas échéant à des mises en examen et des placements en détention provisoire.

L'article 80-4 précité précise également que les interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 100 et aux articles 100-1 à 100-7. Néanmoins, elles ne peuvent excéder une durée de deux mois renouvelable, alors qu'en principe le délai est de quatre mois renouvelable[79]. Cette précision paraissait nécessaire dans la mesure où l'article 100-1 ne permet de telles interceptions que pour les délits punis d'au moins deux ans d'emprisonnement, alors qu'en l'espèce aucun délit n'est, par définition, visé dans les réquisitoires prévus par l'article 74. C'est d'ailleurs pour cette raison que la durée des interceptions est limitée à deux mois, même si elles peuvent être renouvelées à plusieurs reprises, si nécessaire. De telles interceptions peuvent, en outre, revêtir un intérêt particulier, par exemple pour la recherche d'un mineur : la mise sur écoute des camarades de ce dernier peut notamment permettre de découvrir qu'il s'agit d'une fugue et de déterminer l'endroit où s'est réfugié le mineur avant que cette fugue ne tourne au drame[80].

L'information pour recherche des causes de la mort est particulière. Les réquisitions du procureur de la République ne pouvant pas mettre en mouvement l'action publique, dès lors que l'on ignore si une infraction a été commise. Bien plus, les constitutions de partie civile étant irrecevables ; les proches du défunt ne peuvent se constituer partie civile qu'à titre

[79] Art. 100-2 C. pr. pén.
[80] Circ. 8 novembre 2002 présentant les dispositions de procédure pénale de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

incident[81], c'est-à-dire ne peuvent se constituer partie civile que par voie d'intervention. La famille ne pouvant pas elle-même provoquer l'ouverture d'une information pour recherche des causes de la mort, qui demeure une prérogative exclusive du magistrat du parquet[82]. Par ailleurs, une telle information n'autorise pas la saisine immédiate d'une juridiction de jugement lorsqu'une infraction a été découverte. En effet, s'il se révèle au cours de l'instruction que la mort est la conséquence d'une infraction, le juge d'instruction doit saisir le procureur de la République d'une ordonnance de soit-communiqué aux fins de réquisitions. En pareil cas, de telles réquisitions déclencheront l'action publique.

L'intérêt de cette enquête de mort suspecte est donc de vérifier que le décès d'une personne n'est pas dû à la commission d'un crime ou d'un délit. Aux termes de cette enquête, un acte de décès peut être délivré, permettant l'inhumation de la personne, si les causes de mort sont élucidées –plus précisément s'il est établi qu'il s'agit d'une mort naturelle, d'un suicide ou d'un accident sans coupable-. En outre, si les causes de la mort restent inconnues, soit les enquêteurs poursuivent leurs investigations en préliminaire, soit une information est ouverte sur réquisition du procureur de la République pour recherche des causes de la mort. Enfin, si les conditions de la flagrance ordinaire sont constatées, les enquêteurs peuvent ainsi déclencher une enquête de flagrance. Parallèlement à cette enquête, il existe une forme d'enquête particulière associée à la disparition d'une personne.

ii. Les trois cas de flagrance ajoutés par les lois récentes

La loi du 9 septembre 2002 a introduit à l'article 74-1 du Code de procédure pénale l'enquête de recherche d'une personne disparue (§1). Plus tard, la loi du 9 mars 2004 a inséré dans le même Code l'enquête de recherche d'une personne grièvement blessée (§2) et l'enquête de recherche d'une personne en fuite (§3).

[81] Elle dispose des mêmes droits qu'une partie civile constituée dans le cadre d'une information traditionnelle, et peut notamment déposer des demandes d'actes.
[82] Circ. 8 novembre 2002, op. cit., en cas d'inaction du parquet, demeure, comme par le passé, la possibilité pour la famille de déposer plainte avec constitution de partie civile en arguant de la commission d'une infraction.

§1. La recherche des causes d'une disparition suspecte

Autrefois, le droit français ne proposait pas de cadre juridique permettant d'enquêter de façon efficace sur les disparitions suspectes, pour lesquelles il n'était pas possible, en l'absence d'indice objectif permettant de soupçonner la commission d'un crime ou d'un délit d'atteinte à la personne, d'ouvrir une enquête judiciaire ou une information[83]. Ainsi, les officiers de police judiciaire ne bénéficiaient d'aucun pouvoir qui leurs sont reconnus par la loi en matière d'enquête judiciaire qui requiert, précisément, la commission d'un crime ou d'un délit. Sollicités par les familles, ils ne pouvaient donc procéder qu'à une enquête de police administrative. Dans ce cadre, ils étaient dépourvus de tout moyen de contrainte, qu'il s'agisse de la possibilité de requérir auprès du procureur de la République le concours de la force publique à l'endroit d'un témoin refusant de comparaître, ou de procéder, dans le cadre d'une enquête de flagrance, à une perquisition dans un domicile privé.

Or, lorsque la disparition est soudaine et revêt un caractère inquiétant, les pouvoirs de police administrative n'étaient pas suffisants puisqu'ils ne permettaient pas aux enquêteurs d'agir de façon adaptée. L'article 66 de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice comble cette lacune en présentant des dispositions législatives nouvelles inhérentes aux disparitions de personnes. Il a inséré dans le Code de procédure pénale un nouvel article 74-1, directement inspiré de l'article 74 relatif aux procédures de recherche des causes de la mort. Désormais, dès que les circonstances laissent présumer que la disparition résulte d'un crime ou d'un délit comme l'enlèvement, la séquestration, l'homicide, la soustraction d'un mineur à l'autorité parentale, le cadre juridique ordinaire de l'enquête judiciaire doit être déclenché. Comme toutes les enquêtes de police judiciaire, cette dernière est menée sous la direction d'un magistrat et selon les règles édictées par le Code de procédure pénale. Toutefois, à défaut d'indices, mais si les circonstances rendent la disparition inquiétantes, les articles 74-1 et 80-4 du Code de procédure pénale aménagent un cadre juridique spécifique d'enquête de police judiciaire. Ces articles peuvent s'appliquer en cas de disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé qui vient d'intervenir ou d'être constatée, ou d'un majeur présentant un caractère inquiétant ou suspect eu égard aux

[83] On notera que la procédure administrative de recherche des personnes disparues - dite de « recherche dans l'intérêt des familles » - prévue par l'article 26 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité pouvait paraître insuffisante.

circonstances, à l'âge de l'intéressé ou à son état de santé[84]. Il convient d'ailleurs de préciser que le caractère « flagrant » de la disparition, exigé par l'article 74-1 en ce qui concerne la disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé, dont il est précisé qu'elle « vient d'intervenir ou d'être constatée », est également commun à l'hypothèse de la disparition inquiétante du majeur, même si le dernier alinéa de l'article ne reprend pas cette expression.

Ce type d'enquête ne peut être mis en œuvre que sur instructions du procureur de la République. Au sens de l'article 74-1, premier alinéa du Code de procédure pénale, lorsque la disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé vient d'intervenir ou d'être constatée, les officiers de police judiciaire, assistés, le cas échéant des agents de police judiciaire, peuvent, pendant un délai de huit jours à compter des instructions du magistrat du parquet, procéder aux opérations relatives à l'enquête de flagrance et dans les conditions de celle-ci, afin de découvrir la personne disparue. Ainsi, ils peuvent notamment entendre toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis, établir des réquisitions, interdire de s'éloigner à toute personne se trouvant près du lieu de la disparition, procéder à des perquisitions et saisies, ainsi que des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques en ayant recours aux personnes qualifiées nécessaires. Toutefois, en aucun cas, il ne pourra faire usage de la garde à vue, faute d'infraction à reprocher à un suspect. Au bout de huit jours, ces investigations peuvent se poursuivre, sans limitation de durée, dans la forme de l'enquête préliminaire. L'intérêt de cette enquête est de permettre la garde à vue d'un suspect[85].

En l'absence de flagrance, le procureur de la République a toujours la possibilité, s'il l'estime opportun, d'ordonner une enquête qui se fera alors dans les formes de l'enquête préliminaire. Il peut, en outre, dès qu'il est informé de la disparition ou à tout moment de l'enquête et s'il le juge nécessaire, requérir l'ouverture d'une information qui ne déclenche pas l'action publique, faute d'infraction. L'article 80-4 du Code de procédure pénale prévoit à ce titre que le juge d'instruction, dans le cadre de cette information pour recherche de la disparition procède comme dans le cadre d'une instruction classique, avec quelques

[84] Les critères retenus tendent, notamment, à exclure du champ d'application de cet article les disparitions non inquiétantes, par exemple celle de l'un des conjoints d'un couple de majeurs lorsque son intention de se séparer était notoire. En revanche, la disparition d'une personne âgée isolée, parce qu'elle est inquiétante, relève de la procédure de l'article 74-1.
[85] Art. 77 C. pr. pén.

restrictions. Les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications sont effectuées sous son autorité et son contrôle, sans toutefois excéder une durée de deux mois renouvelable. Ces nouvelles dispositions prennent toute leur importance notamment dans l'hypothèse d'une fugue de mineur. En effet, le placement des « écoutes » de ses proches peut améliorer l'efficacité des recherches en facilitant la localisation du jeune disparu.

Par ailleurs, le juge d'instruction saisi sur le fondement des dispositions de l'article 80-4 peut également, selon les modalités de droit commun, procéder lui-même à tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité ou donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire afin qu'ils exécutent tous les actes rendus nécessaires par l'information. Comme c'est le cas dans le cadre de toute instruction, le second alinéa de l'article 80-4 rappelle que les membres de la famille ou des proches de la personne décédée ou disparue peuvent se constituer partie civile à titre incident. Toutefois, l'adresse de la personne majeure disparue qui est retrouvée par les enquêteurs ne peut être communiquée sans son accord à la partie civile. S'agissant d'un mineur ou d'un majeur protégé, sa nouvelle adresse ne peut être communiquée qu'avec l'accord du juge d'instruction.

Enfin, à tout moment de la procédure spécifique, si des éléments laissant présumer que la disparition résulte d'un crime ou d'un délit apparaissent, l'enquête judiciaire ordinaire doit être adoptée immédiatement. Une telle enquête met fin à l'enquête spécifique.

§2. La recherche des blessures graves d'une victime

Les dispositions de l'article 74 du Code de procédure pénale, relatives à l'enquête de mort suspecte, s'appliquent également en cas de découverte d'une personne grièvement blessée[86], lorsque la cause de ses blessures est inconnue ou suspecte[87]. Comme dans la découverte de cadavres, les dispositions relatives à l'enquête de flagrance ne s'appliquent pas automatiquement, mais l'urgence rend nécessaire l'accomplissement de certains actes. Ainsi, l'officier de police judiciaire informe immédiatement le procureur de la République et se transporte sans délai sur les lieux pour procéder aux premières constatations. Bien que l'article

[86] La personne est découverte dans un état qui ne lui permet pas de s'exprimer comme l'amnésie ou l'état de choc, l'inanimée ou l'inconsciente, le Coma…

[87] Art. 74, al. 4 C. pr. pén. : Au stade de la découverte, les blessures ne paraissent pas naturelles et s'avèrent d'origine indéterminée. Mais, une origine criminelle n'est pas manifeste.

74 ne le mentionne pas expressément, l'officier de police judiciaire peut réaliser des auditions et des saisies de nature judiciaire. Il peut également recueillir tous renseignements utiles auprès de la personne qui a découvert le corps : des membres de la famille, des voisins, y compris le cas échéant auprès du médecin traitant. Toutefois, la procédure de recherche des causes des blessures n'autorise pas la réalisation de certains actes : les mesures de garde à vue et les perquisitions sont interdites.

Dans l'hypothèse où les blessures sont intervenues dans des circonstances qui ne sont pas imputables à un tiers, la procédure est classée. Si les conditions de la flagrance ordinaire sont constatées, l'enquête de flagrance de droit commun peut débuter. Dans le cas contraire, le procureur peut, soit requérir l'ouverture d'une information sur les causes de la blessure, soit poursuivre l'enquête en préliminaire.

§3. La recherche d'une personne en fuite

C'est l'hypothèse la plus récente, créée par la loi Perben II du 9 mars 2004, dans le but de rendre plus efficace la justice en général et particulièrement l'exécution des peines. L'article 74-2 du Code de procédure pénale prévoit que les officiers de police judicaire peuvent, sur instructions du procureur de la République, procéder aux actes prévus par les articles 56 à 62, relatifs à l'enquête de flagrance, aux fins de rechercher et de découvrir une personne en fuite, sous réserve de l'interdiction de recourir à une garde à vue. En particulier, ces dispositions sont applicables pour rechercher et découvrir trois types de personnes. Il s'agit, en premier lieu, des personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction ou son président ou le président de la Cour d'assises, alors qu'elle est renvoyée devant une juridiction de jugement ; en second lieu, des personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par une juridiction de jugement ou par le juge de l'application des peines, et enfin, des personnes condamnées à une peine privative de liberté sans sursis supérieure ou égale à un an, lorsque cette condamnation est exécutoire ou passée en force de chose jugée.

Cette enquête renferme les mêmes actes que celle qui est destinée à la disparition, auxquels a été ajoutée l'exécution d'une interception de correspondance émise par la voie de télécommunications. Ainsi, si les nécessités de l'enquête pour rechercher la personne en fuite

l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser des écoutes téléphoniques pour une durée maximale de deux mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée, dans la limite de six mois en matière correctionnelle, et sans limitation temporelle en matière criminelle. Ces opérations sont exercées sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Ayant ainsi déterminé les cas justifiant l'ouverture d'une enquête de flagrance, il est nécessaire de définir maintenant ce que rassemble la notion de flagrance.

b. La notion de flagrance

Les différentes hypothèses de flagrance font apparaître deux composantes communes, l'une temporelle, l'autre matérielle, qui contribuent, chacune pour sa part, à rendre l'existence de l'infraction *évidente, manifeste : « res ipsa loquitur »*[88]. Il convient donc d'examiner les critères de temps (aa) et d'apparence (bb) dont dépend la constatation de la flagrance.

aa. Le critère temporel

L'enquête sur infraction flagrante suppose le commencement de l'enquête très peu de temps après la commission de l'infraction. L'infraction flagrante n'est pas seulement un acte délictueux apparent ; elle s'entend cumulativement d'une infraction dont la manifestation extérieure se produit sinon en même temps, du moins peu de temps après sa commission. En effet, il résulte de l'article 53 du Code de procédure pénale que la constatation et la commission de l'infraction doivent être très rapprochées. Quelle est alors la durée de ce délai à l'échéance duquel la police judiciaire devra mener ses investigations? Quel doit être le délai maximum admis entre la commission de l'infraction et sa découverte pour que l'enquête de flagrance soit admise? Le législateur ne l'a pas précisé. Cette question relève donc de l'appréciation souveraine des juges du fond. La jurisprudence est assez rare en cette matière.
Très rigoureuse, dans un premier temps, elle estimait que l'infraction est flagrante dès lors qu'un délai court, de l'ordre de quelques heures, se soit écoulé depuis la connaissance de l'infraction ; la saisine de la police ou de la gendarmerie devant donc intervenir dans un temps

[88] Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 207.

très voisin de la commission de l'infraction[89]. Puis, la chambre criminelle a jugé, dans deux affaires de viol, qu'une plainte déposée vingt-huit heures après les faits permettait à la police d'intervenir en flagrance[90]. La Cour de cassation a ensuite jugé qu'un délai de quarante-huit heures pouvait séparer le moment de la commission de l'infraction de celui du premier acte d'enquête singulièrement lorsque la victime a tardé à déposer plainte en raison de sa fragilité psychologique ou des menaces de représailles[91]. Cependant, un délai de six jours entre la commission d'un viol et sa dénonciation aux gendarmes est évidemment trop long pour caractériser l'état de flagrance[92]. Dans l'affaire *Trignol*, la Haute juridiction a estimé qu'il y avait flagrance quatre jours après la commission de l'infraction[93]. Le juge pourra être également compréhensif si le délai est de deux jours dans l'hypothèse où la victime a été menacée[94], mais il doit au-delà exclure la flagrance. La jurisprudence a par ailleurs admis que la révélation d'une infraction sur le point de se commettre pouvait caractériser l'indice apparent du comportement délictueux[95]. Il est vrai que le législateur aurait pu mettre fin à toute incertitude, en précisant le temps pendant lequel on peut légitimement se croire en flagrance ; pour certains auteurs, cette dernière ne devrait en aucune façon être admise au-delà de vingt-quatre heures à compter de la commission de l'infraction[96].

bb. Le critère de l'apparence

L'infraction flagrante est celle qui frappe les sens ; *flagrare* signifie en latin « brûler » : elle a été perçue par ceux qui ont assisté à sa commission, ou bien directement ou bien par l'intermédiaire de son auteur, si bien que sa commission est certaine ou fortement probable, en tout cas parait évidente. A cet égard, la Cour de cassation attend de la police

[89] Douai, 8 septembre 1960, *J.C.P.*, 1960.I.11777, note GONDRE, le silence de la victime pendant un délai de treize heures a exclu toute possibilité de déclencher une enquête de flagrance.
[90] Crim., 26 février 1991, *Bull. crim.*, n° 96.
[91] Crim., 8 avril 1998, *Gaz. Pal.*, 1998.II.139, note J-P. DOUCET : la victime avait hésité à porter plainte car elle avait été menacée de représailles par l'auteur d'une extorsion de fonds ; a été déclarée régulière une perquisition, suivant la procédure de flagrance, au domicile d'une personne, dès la réception de la plainte de la victime qui, impressionnée par des risques de représailles, n'a porté les faits à la connaissance des services de police que deux jours plus tard, à l'incitation d'un membre de sa famille.
[92] Crim., 11 février 1998, *Bull. crim.*, n° 55.
[93] Crim., 8 novembre 1979, *J.C.P.*, 1980.II.19337, note DAVIA, au motif que le crime de séquestration est une infraction continue.
[94] Crim., 8 avril 1998, op. cit.
[95] Crim., 22 avril 1992, *D.*, 1995.59, note H. MATSOPOULOU.
[96] Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., pp. 256-257.

judiciaire qu'elle justifie d'un « indice apparent d'un comportement délictueux »[97]. Plus largement, la jurisprudence exige, pour que l'état de flagrance soit caractérisé, qu'il résulte des constatations des juges du fond que les officiers de police judiciaire ont eu connaissance d'indices apparents d'un comportement délictueux révélant l'existence d'infraction répondant à la définition de l'article 53 du Code de procédure pénale, telle que la fuite d'un individu à la vue de la police[98]. Cette connaissance doit précéder toute action de la part des officiers de police judiciaire.

Une dénonciation anonyme, comme le simple soupçon[99], saurait suffire à l'ouverture de l'enquête de flagrance, dès lors qu'elle est confortée et corroborée par des vérifications précises[100] ou par d'autres indices concordants de la situation de flagrance[101]. En revanche, un coup de téléphone anonyme n'est pas un indice apparent de la flagrance, en l'absence de vérifications apportant des éléments tangibles ou d'indices objectifs rendant vraisemblable l'implication d'un individu dans un comportement délictueux[102]. Cet indice objectif est défini par MM. GUINCHARD et BUISSON comme « l'élément de fait qui, exclusif du simple soupçon du policier, doit être apparent et rendre vraisemblable la commission d'une infraction »[103]. On oppose donc à l'indice objectif rendant vraisemblable une situation de flagrance le soupçon, appréciation subjective du policier, qui ne saurait entraîner le recours à l'enquête de flagrance[104]. Ainsi, si les déclarations sont recueillies par procès-verbal de manière nominative, cela constituera un indice objectif. En revanche, si les déclarations sont effectuées anonymement par une personne non identifiée, elles ne justifieront pas le recours à l'enquête de flagrance.

Les indices apparents peuvent, en outre, être une odeur de cannabis s'échappant d'un véhicule rendant sa fouille possible, car il y a indice apparent d'un délit de détention de drogue. Ainsi qu'en a jugé la Cour de cassation, sont régulièrement opérées la fouille d'un

[97] Crim., 12 mai 1992, *Bull. crim.*, n° 187, *R.S.C.*, 1993.93, obs. DELMAS-SAINT-HILAIRE ; 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 49. Pour l'absence d'un tel indice, Crim., 7 février 2001, *Bull. crim.*, n° 91.
[98] Crim., 4 janvier 1982, *Bull. crim.*, n° 2 ; 9 janvier 2002, *Bull. crim.*, n° 2.
[99] Crim., 30 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 165, *D.*, 1981.533, note JEANDIDIER.
[100] Crim., 23 octobre 1991, *Bull. crim.*, n° 371.
[101] Crim., 12 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 100, un renseignement anonyme, corroboré par des indices extérieurs faisant apparaitre un comportement délictueux, permet au policier de se saisir en flagrance.
[102] Crim., 2 février 1988, *Bull. crim.*, n° 52, *D.*, 1988, Somm. 358, obs. J. PRADEL ; 8 novembre 1989, *J.C.P.*, 1990.II.21580, note SYR ; 11 juillet 2007, *Bull. crim.*, n° 183, *J.C.P.*, 2007.II.10168, note J. BUISSON, *D.*, 2007, comm. 2237, obs. LENA.
[103] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 445.
[104] V. Crim., 11 juillet 2007, *AJ pénal* 2007, p. 487, obs. SAAS.

véhicule et les saisies subséquentes, dès lors, qu'à l'occasion de vérifications régulièrement effectuées, pour les besoins d'un contrôle routier, en application de l'article L. 4 du Code de la route, les policiers ont constaté que se dégageait du véhicule intéressé une forte odeur de résine de cannabis[105]. Il en est également du policier qui entre en contact sur internet avec un individu qui lui propose des photos à caractère pédophile et l'invite à un rendez-vous dans ce but[106]. Aussi, la présence d'une arme, visible dans la boite à gants disloquée d'un véhicule accidenté que les policiers avaient ouverte pour chercher des papiers d'identité[107], peut constituer un indice apparent d'un délit imputable au conducteur dudit véhicule[108]. De même, l'avis donné par la victime d'une infraction, qui vient d'être commise, peut, avant l'enregistrement d'une plainte régulière, caractériser les indices apparents d'un comportement délictueux[109]. Il en va également en cas de plainte non anonyme de la victime[110] ou de la déclaration d'un coauteur recueillie par procès-verbal[111]. L'apparence peut être trompeuse, la procédure reste régulière si l'infraction est inexistante. Par contre, la flagrance n'est pas caractérisée et la procédure est nulle, s'il n'existe aucun indice d'un comportement délictueux[112].

Les éléments susceptibles de caractériser l'état de flagrance peuvent aussi être obtenus par la mise en œuvre d'une autre procédure, administrative ou judiciaire. Plus précisément, la Cour de cassation admet la flagrance, dans l'hypothèse où un contrôle d'identité est l'occasion de mettre en évidence une infraction qui se commet actuellement, mais qui jusque-là était occulte. Tel peut être le cas d'usage de faux documents administratifs, de faux passeports ou d'irrégularité au regard des lois sur le séjour des étrangers, à la suite d'un accident de la circulation, des agents de police judiciaire ont procédé à l'ouverture du sac de la victime, afin d'y découvrir des documents permettant l'identification de celle-ci et de ses proches, un tel acte – qui constituait une opération de police administrative - ayant permis aux

[105] Crim., 4 novembre 1999, *Bull. crim.*, n° 247, *D.*, 1999, I.R., 23.
[106] Crim., 1er octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 176, *D.*, 2004.1845, note M. SANCHEZ.
[107] Crim., 5 janvier 2005, *Bull. crim.*, n° 6, *Dr. pénal* 2005, comm. 48, obs. A. MARON, *AJ pénal* 2005, p. 119, obs. S. ENDERLIN, *R.S.C.*, 2005.373, obs. J. BUISSON.
[108] Crim., 2 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 93.
[109] Crim., 11 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 91.
[110] Cim., 8 octobre 1985, *Bull. crim.*, n° 301.
[111] Crim., 23 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 123.
[112] Crim., 22 janvier 1953, op. cit. En ce sens, André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *le droit de la police*, op. ct., p. 283.

policiers de révéler l'existence d'un délit et de saisir une arme et des munitions correspondantes[113].

La flagrance peut également éclater alors que l'officier de police judiciaire agit initialement dans le cadre d'une enquête préliminaire ou effectue des recherches sur une autre infraction, en exécution d'une commission rogatoire, au cours d'une perquisition par exemple. Ainsi qu'en a affirmé la jurisprudence, les indices apparents d'un comportement délictueux peuvent être découverts à l'occasion d'une opération de police judiciaire, fût-elle effectuée dans le cadre d'une enquête préliminaire[114]. Dans cette hypothèse, la police judiciaire, agissant en enquête préliminaire, peut se saisir en flagrance, dès l'instant où elle relève des indices faisant apparaître une infraction qui répond à la définition de l'article 53 du Code de procédure pénale[115].

En définitive, ces deux composantes - temporel et matériel - sont cumulatives, non alternatives. C'est là, en effet, ce qui confère à l'enquête de flagrance sa grande originalité, qu'en général on perçoit mal : alors que, ordinairement, la découverte de l'infraction est la conclusion des investigations policières, elle constitue le point de départ de l'enquête de flagrance[116]. On ne saurait donc considérer comme flagrante une infraction se commettant actuellement, mais clandestinement, car la perquisition rattachée à l'enquête de flagrance prétendue servirait à révéler la flagrance de l'infraction, ce qui est une impossibilité logique. Autrement dit, l'infraction étant d'ores et déjà établie, il doit s'agir simplement d'en réunir les preuves et d'en arrêter les auteurs[117]. Aucune prescription de la loi n'exige que les officiers de police judiciaire constatent par un procès-verbal spécial qu'il y ait flagrant délit, cette notion se déduisant des circonstances[118].

Mais, si toute infraction peut être flagrante, l'ouverture de l'enquête du même nom ne se justifie que pour un crime ou un délit d'une gravité minimale, en rapport avec la gravité des prérogatives policières.

---

[113] Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., pp. 257-258.
[114] Crim., 17 novembre 1998, op. cit., une perquisition opérée en enquête préliminaire avait permis la découverte de produits d'origine frauduleuse avec un carnet mentionnant les coordonnées des fournisseurs. Comme existaient dès los des indices apparents, la perquisition effectuée chez ces fournisseurs fut à bon droit opérée selon les règles de l'enquête sur infraction flagrante.
[115] Crim., 9 janvier 2002, op. cit.
[116] Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 207.
[117] Ibid.
[118] Crim., 11 mai 1999, op. cit.

2. La gravité de l’infraction

L'enquête de flagrance ne s'applique que sur des infractions suffisamment graves pour justifier les pouvoirs élargis des enquêteurs. En effet, il résulte de la combinaison des articles 53 et 67 du Code de procédure pénale que l’enquête sur infraction flagrante a pour domaine d’application tous les crimes et seulement les délits punis d’une peine d’emprisonnement. Conformément aux dispositions de l’article 121-4 du Code pénal, elle s’applique à toute tentative de crime ou de délit puni d’une peine d’emprisonnement dès lors que la tentative est, dans ce dernier cas, expressément réprimée par la loi. Il ne peut donc pas y avoir d’enquête de flagrant délit pour une contravention ou pour un délit puni d’une simple peine d’amende, estimé d’une trop faible importance pour supporter une coercition aussi forte, pour lesquels l’enquête préliminaire constitue.

D’un point de vue strictement dynamique, toute infraction, quelle que soit sa nature, peut être flagrante, c'est-à-dire, pour s’en tenir à une première approche, en train de se commettre. En conséquence, le législateur aurait pu décider d’accroître les prérogatives coercitives de la police judiciaire à l’endroit de toute infraction, crime, délit ou contravention, pourvu qu’elle soit flagrante. Cette optique n’est pas celle des rédacteurs des Codes modernes pour lesquels l’ouverture de l’enquête de flagrance ne se justifie qu’à l’égard des infractions pénales graves.

Sous l’empire du Code d’instruction criminelle, la question s’était posée de savoir si les pouvoirs spécifiques accordés aux policiers en cas de flagrance s’appliquaient aux seuls crimes. L’article 32 de ce Code en admettait le principe « lorsque le fait était de nature à entraîner une peine afflictive et infamante », autrement dit en cas de crime. En dépit de la clarté de ce texte, les juges étendaient les règles de la flagrance aux délits chaque fois que les faits avaient initialement les apparences d’un crime.

Les rédacteurs du Code de procédure pénale ont entériné cette extension prétorienne puisque les articles 53 et suivants du Code de procédure pénale visent non seulement les crimes, mais aussi les délits « dans tous les cas ou la loi prévoit une peine d’emprisonnement ». Seuls échappent donc aujourd’hui à cette procédure les délits punissables d’amende et les contraventions- soit des infractions peu graves à l’égard

desquelles le législateur estime qu'il serait disproportionné d'autoriser la police à accomplir des investigations coercitives-. Toutefois, la jurisprudence considère depuis la première moitié du XIX^{ème} siècle[119] que l'apparence vaut réalité, autrement dit qu'il importe peu que la gravité de l'infraction soit finalement moindre que celle à laquelle l'agent a pu croire. On notera à cet égard que la loi du 9 septembre 2002 conforte cette « logique de l'apparence » puisqu'elle habilite la police à intervenir en flagrance en cas de disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé, c'est-à-dire alors même qu'on ignore si ladite disparition procède d'une infraction[120].

Afin d'éviter que cette théorie de l'apparence ne conduise à des détournements de procédure, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide que la qualification erronée doit avoir légitimement paru vraisemblable et pas seulement possible au policier. La jurisprudence précise que l'état de flagrance s'apprécie au moment de l'intervention de l'officier de police judiciaire ; peu importe que les faits reçoivent, par la suite, une qualification contraventionnelle[121]. En d'autres termes, l'enquête sur infraction flagrante ne peut porter que sur les crimes et sur les délits passibles d'emprisonnement. Les enquêteurs doivent alors procéder à une qualification qui doit, pour le moins, être vraisemblable. Si ultérieurement, il s'avère que l'infraction considérée n'a pas la gravité requise, la validité des actes opérés ne sera pas remise en cause dès lors qu'au moment de leur réalisation, la police pouvait raisonnablement se croire en flagrance. Par ailleurs, en cas de contestation sur la nature de l'infraction, le juge s'en rapporte à l'appréciation vraisemblable qui pouvait en être faite au moment de l'intervention policière[122].

Ayant ainsi développé les conditions strictes de mise en œuvre de l'enquête de flagrance, il faut en examiner le déroulement.

[119] Crim., 1er septembre 1831, *S.*, 1831.I.353.
[120] Art. 74-1 C. pr. pén.
[121] Crim., 9 janvier 1990, *Bull. crim.*, n°16, l'enquête débutée sous le sentiment jugé fondé que l'infraction est un crime ou un délit punissable d'emprisonnement demeure régulière quand les faits se révèlent n'être finalement qu'une contravention.
[122] Crim., 11 mars 1992, *D.*, 1992, I.R., 203, une erreur d'appréciation pourra trouver sa justification dans le caractère vraisemblable de la qualification initialement envisagée compte tenu des apparences.

B. LE DÉROULEMENT DE L'ENQUETE DE FLAGRANCE

Il importe, pour procéder à l'étude du déroulement de l'enquête de flagrance, de préciser, dans un premier temps, les acteurs pouvant intervenir tout au long de cette enquête (1), puis la durée de celle-ci (2).

1. Les acteurs intervenant tout au long de l'enquête

Deux questions doivent être ici traitées successivement. La première est celle de savoir si l'enquête de flagrant délit est applicable à l'égard de toutes personnes (a). La seconde question concerne les agents, à qui le Code de procédure pénale a-t-il confié la conduite de l'enquête (b).

a. Les personnes visées par l'enquête

Si la commission d'une infraction flagrante punissable d'une peine d'emprisonnement permet à la police de diligenter une procédure de flagrant délit, celle-ci ne peut toutefois être mise en œuvre à l'égard de toutes les personnes. En effet, les diplomates, conformément à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 qui a été ratifiée par la France le 31 décembre 1970, ne peuvent être arrêtés ou détenus sur le territoire de l'Etat accréditaire pendant toute la période où ils exercent leurs fonctions. Ainsi, ils ne peuvent faire l'objet d'une enquête de flagrance, sauf si l'Etat accréditant lève cette immunité ou y renonce expressément[123]. Mais, l'agent diplomatique n'est pas le seul bénéficiaire de cette immunité. Les membres de sa famille faisant partie de son ménage, les membres du personnel de service ainsi que les domestiques directement rattachés au service de l'ambassadeur jouissent des mêmes privilèges. En outre, les membres de certains organismes internationaux ayant leur siège en France, telles que l'O.N.U., l'U.N.E.S.C.O. et le Conseil de l'Europe, bénéficient d'immunités variables selon les dispositions des accords conclus avec la France.

Quant aux fonctionnaires et employés consulaires, ils ne peuvent être interpellés ou mis en détention provisoire que sur décision judiciaire et en cas de crime grave. De même, le Président de la République bénéficie d'une impunité totale pendant la durée de ses fonctions ;

[123] Art. 32 de la Convention de Vienne.

l'article 68 de la Constitution exclut de manière explicite sa responsabilité. La seule limite prévue étant la Haute trahison, elle est sanctionnée par la Haute Cour.

En ce qui concerne les parlementaires, l'article 26 de la Constitution de la Vème République s'inscrit dans le droit fil de la tradition parlementaire française issue de l'héritage de la Révolution française[124]. La nécessité de protéger le mandat de tout élu de la Nation en la personne de celui qui l'exerce a été ressentie à la naissance même du régime parlementaire français, l'institution de l'immunité parlementaire ayant constitué un des premiers actes de la toute nouvelle Assemblée nationale, laquelle a décidé dès le 23 juin 1789 que *« la personne des députés est inviolable »*. Depuis lors, l'immunité parlementaire a été consacrée par toutes les Constitutions que la France a connues. La modification de cet article 26 lors de la révision constitutionnelle du 4 août 1995 n'a pas remis en cause les principes antérieurs. Elle a supprimé la dualité antérieure des procédures, selon que le Parlement était en session ou non. Auparavant, quand le Parlement était en session, aucun parlementaire ne pouvait être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle - sauf le cas de flagrant délit - sans l'autorisation de l'Assemblée dont il était membre. Hors session, l'engagement de poursuites nouvelles était libre, mais l'arrestation du parlementaire requérait l'autorisation préalable du Bureau, sauf les cas de flagrant délit, de poursuites autorisées ou de condamnation définitive. Cette distinction *ratione temporis* a été supprimée par la loi constitutionnelle du 4 août 1995. Aujourd'hui, l'engagement de poursuites criminelles ou correctionnelles ne nécessite plus aucune autorisation,- ni celle de l'Assemblée, ni celle du Bureau -, que le Parlement soit en session ou non. En revanche, quelle que soit la période, le parlementaire ne peut faire l'objet de mesures privatives ou restrictives de liberté sans l'autorisation du Bureau, sauf le cas de flagrance. Ces mesures privatives ou restrictives de liberté sont entendues dans leur acception la plus large et recouvrent d'autres situations qu'une arrestation proprement dite, comme les mesures de contrôle judiciaire ou l'exécution forcée d'une citation à comparaître, par exemple. Il est à noter que la convocation à comparaître d'un parlementaire est soumise à certaines restrictions : nécessité de prendre rendez-vous à son bureau ou à son domicile.

[124] V. « *La finalité de l'immunité parlementaire : Garantir la liberté et la sérénité de l'exercice du mandat de député ou de sénateur sans empêcher le cours de la justice* », http://www.senat.fr/rap/l97-083/l97-0831.html

Enfin, les ministres et membres du gouvernement ne jouissent pas d'une telle immunité et ils sont pénalement responsables de tous crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

Par conséquent, l'enquête de flagrance peut être mise en œuvre à l'égard de toutes personnes, exceptées celles qui sont protégées par une immunité. Aussi bien, en raison de la coercition qui caractérise l'enquête de flagrance, l'on pouvait se demander qui dirige une telle enquête.

b. La direction de l'enquête

L'enquête de flagrance est en principe dirigée par l'officier de police judiciaire (aa). Alors que le procureur de la République peut encore la diriger, à titre exceptionnel, puisqu'il détient nombre de prérogatives attachées à la qualité d'officier de police judiciaire (bb), le juge d'instruction n'en a plus la possibilité[125] (cc).

aa. Le principe : La direction par l'officier de police judiciaire.

L'enquête de flagrance ne peut être diligentée que par un officier de police judiciaire. Véritable « cheville ouvrière » de l'enquête de flagrance, il a été investi, à titre principal, des pouvoirs qu'elle renferme par le Code de procédure pénale. Il dispose donc d'une compétence de droit commun. Plus largement, l'officier de police judiciaire a été principalement investi parce qu'aux yeux du législateur, il offre les garanties les plus sérieuses, à raison de sa formation et du contrôle particulier de l'autorité judiciaire auquel il est soumis. Mais, le principe d'après lequel l'officier de police judiciaire dirige l'enquête sur infraction flagrante n'est écrit dans aucun texte mais résulte d'un faisceau de dispositions. En premier lieu, l'article 14, alinéa premier du Code de procédure pénale prévoit que la police judiciaire doit constater les infractions, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs. En second lieu, l'article 17 dudit Code souligne que les officiers de police judiciaire, en cas de crimes et délits flagrants, exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par les articles 53 à 67. Enfin, les

[125] Le juge d'instruction avait, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la qualité d'officier de police judiciaire, mais il l'a perdue en 1959.

articles précités réservent l'initiative des pouvoirs coercitifs à l'officier de police judiciaire, comme le placement en garde à vue ou la perquisition.

Arrivé le premier sur les lieux de l'infraction, l'officier de police judiciaire, après avoir averti le procureur de la République de la commission d'une infraction flagrante, procède immédiatement aux premières constatations : conservation des indices, saisie des armes ou instruments en rapport avec l'infraction et de tout ce qui parait en être le produit, présentation des objets saisis, pour reconnaissance, aux suspects éventuellement arrêtés. La modification de l'état des lieux est pénalement sanctionnée, sauf fait justificatif[126]. A cet instant, comme ultérieurement, il est possible de faire appel à toute personne qualifiée, pour procéder à des constatations et à des examens techniques ou scientifiques, y compris avec ouverture de scellés. En outre, une véritable expertise médicale peut être pratiquée à l'endroit de la personne soupçonnée de certaines infractions de caractère sexuel dirigées contre un mineur, comme le viol, le meurtre ou l'assassinat précédé ou suivi de viol; ce dernier peut être lui aussi l'objet d'une expertise médico-psychologique[127]. L'officier de police judiciaire ne peut solliciter des instructions que du ministère public. Celui-ci peut dessaisir l'officier de police judiciaire à tout moment, en se transportant sur les lieux[128]. Si le juge d'instruction se déplace, une instruction peut être ouverte immédiatement, sur réquisitions du procureur[129]; les policiers agissent, alors, sur commission rogatoire.

La fonction de direction de l'enquête de flagrance conférée à l'officier de police judiciaire est doublée d'une fonction de direction de l'activité des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints. Ces derniers secondent l'officier de police judiciaire dans l'exercice de ses fonctions, et agissent sous les ordres, le contrôle et la responsabilité de celui-ci.

Par ailleurs, l'enquête de flagrance permet aux enquêteurs de bénéficier de pouvoirs importants. Ceux-ci doivent être confiés en principe uniquement aux officiers de police judiciaire. Mais, ce principe connait quelques atténuations du fait que certains actes peuvent être accomplis à la fois par un officier de police judiciaire et par un agent de police judiciaire,

[126] Art. 55 C. pr. pén.; art. 434-4, C. pén.
[127] Art. 704-48 C. pr. pén.
[128] Art. 68 C. pr. pén.
[129] Art. 72 C. pr. pén.

sous le contrôle du premier. Il s'agit des vérifications d'identité, des auditions, des prélèvements externes et opérations signalétiques, de l'information des victimes et de l'accès à un système informatique au cours ou lors d'une perquisition. A vrai dire, l'agent de police judiciaire n'a, en application de l'article 20 du Code de procédure pénale, qu'une compétence d'attribution très réduite. Il peut constater un crime ou un délit flagrant par procès-verbal et en rendre compte à son chef hiérarchique[130], procéder à l'audition de personnes susceptibles de fournir des indices[131], recueillir des objets appartenant à la victime[132], procéder à des contrôles d'identité sur ordre et sous la responsabilité de l'officier de police judiciaire[133], arrêter l'auteur présumé d'une telle infraction[134], notifier une garde à vue décidée par l'officier de police judiciaire et les droits y afférents[135]. Mais, il ne dispose pas du pouvoir de placer une personne en garde à vue[136]. En revanche, d'autres actes ne peuvent être accomplis que par des officiers de police judiciaire tels que l'information du procureur de la République, les transports sur les lieux, les constatations et mesures conservatoires, les réquisitions, les perquisitions et saisies, la garde à vue, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications. L'officier de police judiciaire dispose aussi du pouvoir d'interdire à toutes personnes de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à clôture des opérations.

De toute façon, les officiers de police judiciaire dirigent l'enquête sous le contrôle du procureur de la République, puisque celui-ci contrôle la police judiciaire.

bb. L'exception maintenue : La direction par le procureur de la République

L'enquête, plus généralement, est placée sous la direction du procureur de la République[137]. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, celui-ci avait la qualité d'officier de police judiciaire. Mais, il l'a perdue avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale en 1959, tout en conservant tous les pouvoirs de police judiciaire.

---

[130] Crim., 17 octobre 1989, *Bull. crim.*, n° 77.
[131] Art. 62 C. pr. pén.
[132] Crim., 2 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 9, un tel acte ne s'assimile ni à une fouille, ni à une perquisition.
[133] Art. 78-2 C. pr. pén.
[134] Art. 73 C. pr. pén., l'arrestation peut être accomplie par tous les membres de la police judiciaire et même par un citoyen à certaines conditions.
[135] Art. 63-1 C. pr. pén.
[136] Art. 20, dernier al. C. pr. pén.
[137] Art. 12 C. pr. pén.

En cas de crime ou de délit flagrant, l'officier de police judiciaire est tenu d'informer immédiatement le procureur de la République et de se transporter sur les lieux de l'infraction. Bien évidemment, lorsqu'il est averti par l'officier de police judiciaire, le magistrat du parquet dispose lui aussi du droit de se rendre sur les lieux de l'infraction, s'il l'estime nécessaire. Son arrivée sur les lieux dessaisit l'officier de police judiciaire présent. Dans une telle hypothèse, il peut accomplir lui-même tous les actes de police judiciaire prévus en cas d'une enquête de flagrance[138], au lieu et place de l'officier de police judiciaire. Mais, le procureur prescrit le plus souvent à l'officier de police judiciaire présent de poursuivre les investigations sur ses instructions et sous sa responsabilité, ce qu'il fait en pratique. De telles prescriptions n'ont pas à être formulées par écrit[139].

Avant le 1er octobre 2004, le procureur de la République pouvait décerner des mandats d'amener contre toute personne soupçonnée d'avoir participé à l'infraction. Depuis, les dispositions de l'article 70 du Code de procédure pénale sont modifiées et c'est un mandat de recherche que peut délivrer le ministère public. Ainsi, si les nécessités de l'enquête portant sur un crime ou un délit flagrant puni d'au moins trois ans d'emprisonnement l'exigent, le magistrat du parquet peut décerner un mandat de recherche contre toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction. La personne découverte en vertu de ce mandat est placée en garde à vue par l'officier de police judiciaire du lieu de découverte, qui peut procéder à son audition. Le procureur de la République ayant délivré le mandat en est informé dès le début de la mesure. En outre, ce magistrat est informé de toute découverte d'un cadavre ou d'une personne grièvement blessée lorsque la cause de ses blessures est inconnue ou suspecte, qu'il s'agisse ou non d'une mort violente. Dans ce cas, il se transporte sans délai sur les lieux et procède aux premières constatations, s'il le juge nécessaire, ou peut déléguer aux mêmes fins, un officier de police judiciaire de son choix. Au surplus, le magistrat du parquet dispose de prérogatives de prolonger l'enquête de flagrance au-delà du délai de huit jours, de la délivrance de l'autorisation d'infiltration en matière de crimes organisées, de l'emploi de la contrainte à l'encontre d'un témoin récalcitrant, de la mise en œuvre d'une perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat. Enfin, il est chargé de contrôler les mesures de la garde à vue.

[138] Art. 68, al. 2 C. pr. pén.
[139] Crim., 20 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 111.

A l'instar du procureur de la République, le juge d'instruction avait la faculté de prendre la direction de l'enquête de flagrance en arrivant sur le lieu de commission d'une infraction, mais il l'a perdue en 1999.

cc. L'exception supprimée : La direction par le juge d'instruction

Le Code de procédure pénale prévoyait autrefois[140], que le juge d'instruction qui arrive sur le lieu de commission d'une infraction flagrante avait la faculté de dessaisir l'officier de police judiciaire et le procureur de la République présents. Toutefois, avec l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1999, le juge d'instruction a perdu la possibilité de dessaisir l'officier de police judiciaire et le magistrat du parquet de leur pouvoir de direction d'enquête de flagrance en arrivant sur le lieu de commission d'une infraction flagrante. Dès lors, la loi précitée lui a retiré la direction des opérations et la capacité d'accomplir des actes de police judiciaire en cas de flagrance. En revanche, le procureur de la République conserve toujours la possibilité d'ouvrir immédiatement une information confiée au juge d'instruction présent sur les lieux. En vérité, cette faculté qu'avait le juge d'instruction de prendre la direction de l'enquête sur infraction flagrante ne lui assurait pas obligatoirement d'être désigné pour instruire l'affaire : il est en effet de principe qu'un juge ne peut pas s'autosaisir.

En pratique, lorsque l'affaire est grave, le juge d'instruction et le procureur de la République étant souvent tous deux simultanément présents sur les lieux, ce dernier délivre alors immédiatement un réquisitoire qui ouvre l'instruction. Les policiers agissent, alors, sur commission rogatoire. Si ce n'est pas le cas, le magistrat instructeur reste dans le cadre de l'enquête de flagrance, il n'agit pas dans le cadre d'une instruction.
La flagrance justifie le recours à la contrainte, dans les conditions fixées par la loi, qui n'autorise pas tout ; il est donc naturel de limiter la durée de l'enquête.

2. La durée de l'enquête de flagrance

Jusqu'à la loi du 23 juin 1999, l'article 53 du Code de procédure pénale ne précisait pas la durée de l'enquête de flagrant délit. La jurisprudence était venue combler cette lacune : elle ne fixait pas de limite dans le temps mais subordonnait la validité de la procédure à la

[140] Art. 72 ancien C. pr. pén., abrogé par la loi du 23 juin 1999.

condition que les investigations se soient succédées avec continuité[141]. La jurisprudence admet autrefois quelques jours d'enquête dès lors que les actes étaient réalisés sans interruption significative[142]. Plus précisément, la Cour de cassation considérait que l'enquête n'était pas interrompue lorsque les investigations avaient été accomplies chaque jour depuis la perpétration et la constatation des faits[143].

La loi du 23 juin 1999, insérant un aliéna 2 à l'article 53 précité, a apporté un peu de certitude en la matière. Elle a limité la durée de l'enquête de flagrance à huit jours, sans exigence de continuité. A l'issue de ce délai, les investigations devront continuer dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une information. Il est clair que ce texte met un terme à la situation préexistante, selon laquelle l'enquête de flagrance pouvait durer en théorie indéfiniment, à condition qu'elle n'ait subie aucune interruption[144].

La loi du 9 mars 2004 a maintenu cette durée, tout en prévoyant d'une part le contrôle du procureur de la République et d'autre part, la condition de la continuité de l'enquête. L'article 53 du Code de procédure pénale est désormais précis sur la durée de l'enquête de flagrance puisqu'il prévoit, dans sa rédaction actuelle, que l'enquête sur infraction flagrante peut se poursuivre sans discontinuité pendant une durée de huit jours[145]. Toutefois, lorsque des investigations nécessaires ne peuvent être différées et dès lors qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit passible d'un emprisonnement d'au moins cinq ans, le procureur de la République peut prolonger l'enquête pour une durée maximale de huit jours supplémentaires. La récente loi Perben II a donc aménagé la faculté laissée à la discrétion du parquet de prolonger pour une durée maximale de huit jours les actes d'enquêtes de flagrance concernant un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, sous la même condition de continuité de l'enquête. Etant donné le caractère coercitif de la flagrance, cette prolongation permet aux policiers judiciaires de jouir de pouvoirs importants plus longtemps, ce qui entre dans la

[141] Pour un exemple d'enquête s'étant étalée sur une période de 10 jours, v. Crim., 6 novembre 1984, *D.*, 1987, Somm. 82, obs. J. PRADEL ; pour un cas plus courant de durée de quatre jours, v. Crim., 11 février 1992, *Bull. crim.*, n° 64.
[142] Amiens 8 juillet 1985, *D.*, 1986.602, note MONTEILS; 6 novembre 1986, *D.*, 1987, Somm. 82.
[143] Crim., 31 mars 1992, *Dr. pénal* 1992, chron. 57.
[144] Crim., 20 décembre 1994, *Dr. pénal* 1995, chron. 17, obs. LESCLOUS et MARSAT.
[145] Crim., 12 mai 2009, pourvoi n° 09-81.434.

logique de « nécessité de la répression »[146]. En définitive, la durée maximale de l'enquête de flagrance est de seize jours, sous condition du respect de la continuité des actes.

Le délai de huit jours court à compter du premier acte d'enquête et non de la date de commission de l'infraction et les investigations doivent se succéder sans interruption, portées par leur propre élan[147]. La chambre criminelle considère comme suffisant l'accomplissement d'un acte par jour, sans qu'il soit nécessaire qu'un procès-verbal soit quotidiennement établi[148]. La jurisprudence estime qu'à partir du moment où l'infraction est flagrante, l'enquête de la police judiciaire se poursuit selon les règles qui lui sont propres, sans limite de temps, du moment que les actes se succèdent sans interruption notable. A défaut, une instruction doit intervenir. En outre, l'enquête doit être interrompue aussitôt que l'agent a acquis la certitude qu'il l'a ouverte par erreur ; il s'agit par exemple d'une simple contravention ou d'une infraction trop ancienne. En toute hypothèse, il ne faut pas confondre entre le délai exigé pour constater une situation de flagrance, préalablement à l'ouverture de l'enquête de flagrance et la durée de validité d'une telle enquête qui a sa propre vie après le déclenchement de celle-ci.

En conséquence, le législateur a donné les moyens à la police judiciaire d'agir avec célérité pour plus d'efficacité au cours de l'enquête effectuée à la suite de la commission d'infractions, afin de mettre rapidement un terme au trouble de l'ordre social et de présenter le ou les acteurs devant les juridictions répressives. Ce cadre d'enquête étant très coercitif, il est placé sous le contrôle de magistrats et limité dans le temps. Si, à l'échéance du temps imparti, l'enquête de flagrance n'aurait pas apporté tous les éléments escomptés, elle pourrait se poursuivre dans le cadre d'une enquête préliminaire qu'il nous faut à présent examiner.

[146] Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *D.*, 2004.956, note M. DOBKINE, la décision de prolongation suppose que les diligences des officiers de police judiciaire ne puissent être interrompues sans dommage pour l'enquête.
[147] Art. 66 C. pr. pén.; Crim. 11 février 1992, op. cit., les procès-verbaux n'ont pas à être dressés le jour même des opérations.
[148] Crim., 31 mars 1992, op. cit.

&II. L'ENQUETE PRÉLIMINAIRE

L'enquête préliminaire se définit par défaut : C'est l'enquête que peut mener un officier de police judiciaire quand les conditions de flagrance ne sont pas réunies. En effet, lorsque la flagrance n'est pas caractérisée, et à moins qu'un mode d'enquête spécifique ne soit envisageable, la police judiciaire doit se contenter des pouvoirs limités que propose l'enquête préliminaire prévue aux articles 75 et suivants du Code de procédure pénale.

Il apparaît opportun, après avoir défini les caractères généraux de l'enquête préliminaire (A), de s'attacher à sa mise en œuvre (B).

A. LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'ENQUETE PRÉLIMINAIRE

Etablie en marge de la loi sous le nom d'enquête officieuse (1), l'enquête préliminaire a pour rôle de permettre au magistrat du parquet de s'informer, pour prendre ensuite parti sur les éventuelles poursuites à engager (2). A l'opposé de l'enquête de flagrance, ce cadre juridique d'investigation recouvre un très large domaine d'application (3).

1. Histoire de l'enquête préliminaire

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la légalité de l'enquête préliminaire était contestée, pour la simple raison que ce Code ne la prévoyait pas expressément et que seule la pratique l'avait envisagée sous la dénomination d'enquête officieuse[149]. Cette enquête a été conçue comme un moyen d'information du ministère public, car c'était à lui seul que revenait l'initiative de recourir à cette pratique. Les officiers de police n'ayant pas la faculté d'engager eux-mêmes une enquête officieuse.

[149] Depuis longtemps, le recours aux enquêtes officieuses s'est imposé comme nécessaire pour la recherche et la constatation des infractions. Le silence du code Napoléonien n'a pas entraîné la disparition de telles pratiques, bien au contraire, car l'on a pris l'habitude de les désigner « enquêtes officieuses ». Le recours à ces enquêtes n'a cessé de se développer au XIX siècle ainsi que dans la première moitié du XX siècle. Ignorée par le Code d'instruction criminelle, cette deuxième type d'enquête de police judiciaire, destinée comme celle de flagrance à rapporter la preuve nécessaire à la manifestation de la vérité, est née des nécessités de la pratique, que la jurisprudence consacra rapidement parce qu'elle vise à éclairer le procureur de la République sur la suite à donner à l'affaire.

Celle-là avait suscité au sein de la doctrine pénaliste de profondes controverses. Pour les uns, Faustin HELIE et René GARRAUD, l'enquête officieuse était respectivement illégale ou extra-légale[150]. A l'opposé de ces thèses, Maurice BLONDET s'était attaché à démontrer que l'enquête officieuse puisait sa légitimité dans des textes épars, comme la loi du 28 germinal an VI, l'ordonnance royale des 29 octobre et 29 novembre 1820, le décret du 1er mars 1854 et celui du 20 mai 1903 réglementant l'organisation et le service de la gendarmerie[151].

N'existait donc dans le Code d'instruction criminelle que l'enquête de crime flagrant[152], quoique le législateur disposât que la police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en recherche les auteurs pour les livrer aux tribunaux chargés de les punir, semblant de la sorte avoir confondu les objectifs de la police judiciaire avec les attributions qui lui sont conférées ou qui devaient lui être conférées afin d'atteindre ces buts. L'enquête officieuse devint alors un mode d'opérer classique de l'officier de police judiciaire, en dépit des critiques dont elle faisait l'objet.

Pendant longtemps jugée illégale et ayant donné lieu à des abus, cette enquête officieuse a été légitimée et réglementée en 1958 par le Code de procédure pénale, afin d'assurer à la personne mise en cause des garanties tendant à la protéger des arrestations arbitraires[153] et des perquisitions abusives, caractérisée par l'absence de coercition. Le Code de procédure pénale a donc pallié cette lacune en la légalisant aux articles 75 et suivants. Son importance pratique a en effet imposé l'idée qu'il valait mieux la contrôler que la proscrire. Elle est alors apparue sous le nom d'enquête préliminaire. Cette dénomination veut signifier que cette enquête a pour objet des investigations destinées à fournir au procureur de la République les renseignements relatifs à un fait susceptible de constituer une infraction, afin qu'il puisse décider de la suite à lui donner.

L'enquête préliminaire constitue aujourd'hui la procédure policière de droit commun la plus courante. Elle peut être mise en œuvre chaque fois que les faits ne se présentent pas

[150] Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e éd., Paris, 1866-1867, 8 volumes t. III, p. 68 et s. ; R. et P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, 3e éd., Paris, 1912-1928, 5 vol.
[151] M. BLONDET, « *La légalité de l'enquête officieuse* », *J.C.P.*, 1955.I.1233 ; M. BLONDET, « *Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire* », *J.C.P.*, 1958.I.1419.
[152] L'enquête de flagrance avait été introduite dans notre droit positif par une ordonnance royale de 1670.
[153] Hormis la possibilité pour l'OPJ de la placer en garde à vue.

sous le signe de flagrance -quoiqu'un délit flagrant puisse être traité « en préliminaire »- et que, de surcroît, une information n'est pas ouverte en l'occurrence[154].

2. Utilité de l'enquête préliminaire

L'enquête préliminaire révèle dangereuse pour les libertés individuelles, dans la mesure où elle remplace l'instruction dans certains cas sans donner aux intéressés les garanties qui leur sont accordées lors de l'ouverture d'une information. Néanmoins, elle présente incontestablement d'immenses avantages.

Une telle enquête est un facteur à la fois d'efficacité et d'économie de moyens. A l'instar de l'enquête de flagrance, elle a vocation à permettre aux magistrats du parquet d'apprécier l'opportunité des poursuites en rassemblant les éléments de preuve d'une infraction, tout en écartant les plaintes et dénonciations mal fondées qui aboutiraient à des non-lieux ou à des relaxes. Dans ce cas, les officiers de police judiciaire procèdent, à la demande du ministère public, à des éclaircissements relatifs aux circonstances de l'infraction; les résultats ainsi obtenus par la police judiciaire peuvent être suffisants pour décider de poursuivre ou de classer sans suite. D'autre part, elle peut permettre à l'officier de police judiciaire de déboucher sur une enquête sur infraction flagrante si, au cours de l'enquête préliminaire, elle relève l'existence d'un indice apparent d'un comportement délictueux.

L'enquête préliminaire reste cependant indispensable dans la mesure où les premiers éléments recueillis par la police judiciaire lorsqu'elle agit d'office sont souvent trop peu précis pour que le magistrat du parquet puisse en toute connaissance de cause prendre une décision sur l'opportunité des poursuites. Lorsqu'il est informé de ces premiers éléments, le procureur de la République demande généralement à la police judiciaire de compléter l'enquête. Les éléments recueillis au cours de cette enquête pourront être produits en tant que preuve devant le juge pénal.

On peut aussi remarquer que l'enquête préliminaire est rapide ; elle répond aussi aux nécessités de la pratique, en écartant le danger de laisser dépérir les preuves qui peuvent

[154] André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *Le droit de la police*, op. cit., pp. 274-275.

faciliter la découverte de la vérité. Enfin, cette institution est simple. On n'a pas besoin de réquisitoire introductif et tant le procureur de la République que les autorités policières, *proprio motu*, ont le droit de décider de son déclenchement, sans que l'objet de cette enquête soit limité[155].

3. Champ d'application de l'enquête préliminaire

En raison de ses caractéristiques propres, l'enquête préliminaire couvre un champ plus vaste que l'enquête de flagrance. Elle peut être mise en œuvre à l'égard de toutes les infractions sans qu'il soit nécessaire de caractériser préalablement une situation de fait particulière comme dans le cas de l'enquête de flagrant délit. Elle est donc possible en toutes matières, quelles que soient la gravité et les circonstances de commission de l'infraction. Ce mode d'enquête est le seul qui peut être mis en œuvre au cas de commission d'une contravention, lorsque des investigations s'imposent[156]. De plus, les crimes et délits flagrants eux-mêmes peuvent être traités en préliminaire. Cela dit, l'enquête préliminaire peut être également ouverte lorsque la flagrance apparait caractérisée; cette voie de la flagrance n'étant nullement obligatoire.

La raison de cette extension réside dans la coercition conditionnelle qui imprègne cette enquête et qui a amené le législateur à ouvrir largement ce champ d'application sans crainte pour les garanties individuelles. La seule limite à la mise en œuvre d'une telle enquête procède du principe selon lequel, lorsqu'une information est ouverte, la police judiciaire ne peut qu'exécuter les délégations du juge d'instruction, selon l'article 14 du Code de procédure pénale. L'officier de police judiciaire ne pourrait donc poursuivre une enquête préliminaire à l'endroit des faits dont il sait qu'ils font l'objet d'une information judiciaire.

Dans cette hypothèse, la question qui se pose est celle de savoir si les actes d'investigation accomplis par l'enquêteur, qui a ouvert une enquête préliminaire sur les faits dont il ignorait qu'ils sont à l'information, sont frappés de nullité ? Autrement dit, *quid* de l'enquêteur qui a ouvert une enquête préliminaire sur les faits dont il ignorait qu'ils fassent l'objet d'une information ? Les actes de procédure sont valables tant que l'enquêteur n'a pas été informé de ce que les faits incriminés font l'objet d'une information judiciaire. Mais, valables au moment

[155] Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, op. cit., p. 276.
[156] Art. 44 et 79 C. pr. pén.

où ils ont été accomplis sur le fondement de l'apparence engendrée par l'erreur, ils perdent évidemment toute validité à l'instant où le policier ou le gendarme apprend qu'une information avait déjà été ouverte. On recommande donc à l'officier de police judiciaire qui se saisit en préliminaire d'une affaire de quelque importance, d'en rendre compte sans retard au parquet, afin d'éviter la critique d'avoir procédé à l'interrogatoire d'un mis en cause, voire d'un inculpé, dans une affaire à l'information. Il appartient alors au procureur de la République de s'informer d'urgence auprès du parquet compétent eu égard au lieu de la commission de l'infraction, et de donner à l'officier de police judiciaire toutes instructions utiles.

Quant aux personnes, le champ d'application de l'enquête préliminaire apparaît identique à celui de l'enquête de flagrance. Toute personne physique ou morale peut donc faire l'objet d'une telle enquête, sous réserve du respect des règles relatives aux immunités diplomatiques ou consulaires[157], à l'inviolabilité parlementaire[158], à l'immunité du président de la République[159] et à la qualité de militaire[160].

Après avoir tracé les traits caractéristiques de l'enquête préliminaire, il sera absolument nécessaire de préciser à quelles conditions cette procédure peut être déclenchée.

B. LE DÉCLENCHEMENT DE L'ENQUETE PRÉLIMINAIRE

L'enquête préliminaire autorise les enquêteurs à effectuer, sous réserve du consentement de principe de l'intéressé, des actes identiques à ceux prévus dans le cadre de l'enquête de flagrance[161]. Ces actes d'investigation seront développés au titre « du régime des actes d'investigation », objet de notre deuxième partie[162].

[157] Conv. Vienne des 18 avr. 1961 et 24 avr. 1963, publiées par Décr. n° 71-284 et 71-288 du 29 mars 1971 ; *D.*, 1971, pp. 175 et 180.
[158] Const. 4 octobre 1958, art. 26.
[159] Const. 4 oct. 1958, art. 68 ; Cons. const. déc. n° 98-408 DC du 22 janv. 1999, JO 24 janvier ; Cass. ass. plén., 10 octobre 2001, n° 01-84.922, Bull. ass. plén., n° 11, *D.*, 2002, p. 237.
[160] Art. 169, 170 et 173 C. just. mil.
[161] Que la police judiciaire agisse d'office ou sur instructions du Parquet, il n'y a aucune appréciation de la validité des actes accomplis pendant l'enquête préliminaire. Les actes d'une telle enquête ne peuvent être sanctionnés par la nullité, contrairement à l'enquête de flagrance.
[162] V. *supra*, p. 231.

Autorités ayant l'initiative des enquêtes préliminaires (1) et durée de celles-ci (2) sont les deux questions qui seront examinées au cours du présent paragraphe.

1. Autorités ayant l'initiative

Lorsqu'une plainte est déposée ou lorsque le procureur de la République a connaissance d'un fait suspect, ce magistrat peut demander à la police judiciaire de procéder à une enquête préliminaire. Les officiers et les agents de police judiciaire peuvent aussi procéder d'office à une telle enquête. Au vu des résultats de ces investigations, le magistrat du parquet décide de déclencher ou non l'action à l'encontre des auteurs présumés d'une infraction. Selon les termes de l'article 75 du Code de procédure pénale, « *les officiers de police judiciaire et, sous le contrôle de ceux-ci, les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 procèdent à des enquêtes préliminaires, soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office* ». De ce texte, il résulte que les autorités ayant compétence en la matière sont la police judiciaire (a) et les magistrats du parquet (b).

a. La police judiciaire

L'enquête préliminaire peut être engagée par un officier de police judiciaire agissant de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte. Les agents de police judiciaire visés à l'article 20 du Code de procédure pénale et agissant sous le contrôle et la responsabilité d'un officier de police judiciaire peuvent également agir dans le cadre d'une enquête préliminaire, procéder à toutes constatations par procès-verbal et recevoir les déclarations des témoins[163]. Toutefois, ces derniers ne sont pas compétents pour décider de la garde à vue ou d'une réquisition à personne qualifiée qui demeurent dans la seule compétence de l'officier de police judiciaire.

Il importe d'observer que c'est l'ordonnance n°60-529 du 4 juin 1960[164] qui est venu confier aux agents de police judiciaire le pouvoir d'accomplir les actes de l'enquête préliminaire initialement réservés aux officiers de police judiciaire. Au surplus, la loi du 18

[163] Art. 20, al. 11 C. pr. pén.
[164] L'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 ayant mis fin aux hésitations qui s'étaient fait jour quant à la possibilité pour l'agent de police judiciaire *strict sensu* d'user de ce mode d'opérer, cette enquête est devenue la procédure de police judiciaire la plus courante et par excellence celle des agents de police judiciaire.

novembre 1985, en même temps qu'elle étendait la capacité d'agents de police judiciaire aux gardiens de la paix, a rappelé que les agents de police judiciaire exécutant une telle enquête étaient placés sous le contrôle des officiers de police judiciaire. Pourtant, les agents de police judiciaire de l'article 21 n'ont pas qualité pour conduire ces enquêtes ; ils sont simplement chargés de seconder leurs chefs dans l'exercice de leurs fonctions.

Une telle extension de la compétence matérielle aux agents de police judiciaire, alors qu'ils n'ont qu'une compétence réduite dans l'enquête de flagrance, s'explique essentiellement par le fait que la coercition conditionnelle qui caractérise l'enquête préliminaire laisse aux particuliers la faculté de s'échapper à tout acte coercitif qui nécessite leur consentement. Autrement dit, le législateur a estimé que l'on pouvait, sans danger pour les libertés, conférer les pouvoirs de cette enquête aux agents de police judiciaire, tandis que la coercition considérable de l'enquête de flagrance impliquait qu'elle fût confiée à un officier de police judiciaire présumé offrir plus de garanties pour les particuliers[165].

L'officier de police judiciaire ou l'agent de police judiciaire qui recueille soit fortuitement, soit à la suite de recherches entreprises d'initiative, soit par réception d'une plainte ou d'une dénonciation, des renseignements tendant à établir la commission d'une infraction, peut, d'initiative, ouvrir sur les faits une enquête préliminaire. Ils ont donc la possibilité de s'autosaisir. Dans cette dernière hypothèse, ils ne sont pas tenus d'informer le procureur de la République[166] ; le défaut d'une telle information ne remet pas en cause la validité des actes accomplis[167]. Cette information peut être faite par téléphone mais doit être mentionnée au procès-verbal[168]. Elle peut également découler, en cas d'urgence, de l'information du placement en garde à vue de la personne ou de la demande faite au parquet

[165] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 498.
[166] L'article 19 du Code de procédure pénale dispose qu'il est tenu « *d'informer sans délai le procureur de la République des crimes, délits et contraventions* » dont il a connaissance, mais, comme en matière de flagrant délit, l'enquêteur s'efforcera de recueillir préalablement des renseignements lui permettant d'aviser le parquet de façon circonstanciée.
[167] Crim., 1er décembre 2004, *Bull. crim*., n° 302, *Dr. pénal* 2005, comm. 30, obs. A. MARON, *Procédures* 2005, comm. 76, obs. J. BUISSON.
Circulaire CRIM 00-13 F1 du 4 décembre 2000 présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les doits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire, & 1.1.2. : « *L'absence de signalement de l'existence d'une enquête préliminaire d'initiative n'entraine pas non plus la nullité des investigations conduites par le service de police judiciaire à l'origine de celles-ci* ».
[168] Circ. 4 décembre 2000 préc., & 1.1.3.

en application de l'article 78 du Code de procédure pénale de faire comparaitre une personne par la force publique.

Par ailleurs, l'officier de police judiciaire qui mène une enquête préliminaire concernant un crime ou un délit doit impérativement aviser le procureur de la République dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices laissant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée, afin d'éviter que ne se prolonge une enquête qui n'est pas suffisamment protectrice des droits des personnes soupçonnées[169]. Le défaut d'information du ministère public est sans effet sur la validité des actes accomplis[170]. En toute hypothèse, le procureur de la République contrôle donc cette enquête puisqu'il dirige la police judiciaire.

b. Le procureur de la République

Le procureur de la République peut également, comme ses substituts, ordonner l'ouverture de l'enquête préliminaire sur le fondement de son pouvoir de direction[171]. Il peut arriver parfois qu'il ait constaté personnellement la commission d'une infraction ou en ait avisé directement par une plainte simple ou dénonciation. En pareille hypothèse, il peut soit, ordonner l'ouverture d'une enquête préliminaire et accomplir lui-même tous les actes d'une telle enquête, dès lors qu'il a tous les pouvoirs attachés à la capacité d'officier de police judiciaire, soit demander à la police judiciaire de procéder à une telle enquête préliminaire. Le plus souvent, cette demande fait l'objet d'un écrit dit « soit-transmis », document par lequel le magistrat du parquet communique copie de la plainte ou dénonciation au chef du service de police ou de gendarmerie, en lui demandant d'enquêter. C'est au retour de cette enquête que le ministère public prendra la décision de poursuivre ou non. Les résultats de l'enquête préliminaire permettant donc au procureur de la République d'orienter utilement la procédure. La durée de cette enquête n'étant toutefois pas fixée, on estime qu'elle doit se poursuivre dans un délai raisonnable.

[169] Art. 75-1 et 75-2 C. pr. pén.
[170] Crim., 23 août 2005, *Bull. crim.*, n° 209, *J.C.P.*, 2005.IV.3137, *D.*, 2006.621, obs. J. PRADEL, la Cour de cassation refuse de voir dans l'oubli de cette formalité une cause de nullité.
[171] Art. 12, 41 al. 2 et 57 C. pr. pén.

2. La durée de l'enquête préliminaire

A l'inverse de l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire, en principe non contraignante, n'est pas limitée dans le temps. Mais, elle doit cependant se dérouler en respectant le droit à être jugé dans un délai raisonnable[172].

L'enquête préliminaire, d'une durée indéterminée, peut sans aucun doute être poursuivie pendant plusieurs semaines, voire plusieurs mois. Il en est ainsi, en particulier, lorsque l'enquêteur recueille des informations relatives à des infractions occultes, ou tout au moins perpétrées dans des circonstances de clandestinité qui ne permettent pas d'agir en flagrance, informations qui, portées à la connaissance du parquet, justifieront parfois une intervention en flagrant délit[173].
Saisi sur instructions du procureur de la République (a) ou d'office (b), l'enquêteur doit rendre compte au parquet de ses opérations sans attendre la fin de la mission.

a. La durée lors de la saisine sur instructions du procureur de la République

Au-delà de son pouvoir général de direction de la police judiciaire, le procureur de la République dispose en ce domaine de prérogatives particulières.
Le nouvel article 75-1 du Code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République, lorsqu'il donne instruction aux officiers de police judiciaire de procéder à une enquête préliminaire, doit fixer le délai dans lequel ces investigations doivent être accomplies. Il peut proroger ce délai au vu des indications communiquées par les enquêteurs. En pratique, la circulaire du 4 décembre 2000 a précisé qu'il serait opportun que ce délai soit fixé à six mois, sauf circonstances particulières justifiant un délai plus ou moins long. Le non-respect du délai fixé par le magistrat du parquet ne constitue pas une cause de nullité de l'enquête.

[172] Art. 5, &3 Conv. EDH; art. préliminaire, III introduit par la loi du 15 juin 2000 qui a voulu renforcer le contrôle du procureur de la République sur l'exécution des enquêtes préliminaires et introduire dans l'enquête préliminaire la notion de durée raisonnable afin d'éviter que les enquêtes préliminaires ne durent trop longtemps et surtout que, par ce biais, des personnes ne se trouvant impliquées indéfiniment.
[173] André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *Le droit de la police*, op. cit., p. 329.

b. La durée dans le cas de la saisine d'office

Dans le même ordre d'idées, lorsque l'officier de police judiciaire ouvre spontanément une enquête préliminaire d'office, il a l'obligation de rendre compte au procureur de la République de son état d'avancement lorsqu'elle est commencée depuis plus de six mois. Ce délai a pour point de départ la date du premier procès-verbal d'enquête et non la date de commission de l'infraction. Toutefois, l'absence de signalement de l'existence d'une enquête préliminaire d'initiative n'entraine pas non plus la nullité des investigations conduites par le service de police judiciaire à l'origine de celles-ci.

Néanmoins, les enquêtes préliminaires ou de flagrance ne peuvent éliminer l'information judiciaire, toujours obligatoire pour les crimes et souvent indispensable pour les délits graves ou complexes, nécessitant des recherches approfondies dans différents ressorts judiciaires ou des expertises minutieuses[174]. Certes, une fois que les poursuites sont déclenchées, la conduite de l'affaire échappe à la police judiciaire et revient aux juges ; cela ne veut pas dire pour autant que la police n'interviendra plus, mais elle le fera à la seule demande du juge d'instruction, sur commission rogatoire.

[174] Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 183.

SECTION II
LES ENQUETES SUR DÉLÉGATION JUDICIAIRE

Lorsqu'une information est ouverte, le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité[175]. Mais, ce dernier étant un homme seul, sans collaborateurs qui lui sont directement affectés pour la recherche des éléments des preuves, la loi a également prévu la possibilité pour ce magistrat de déléguer, à un autre magistrat ou à un officier de police judiciaire, ses pouvoirs d'investigation, à l'exclusion de ses pouvoirs juridictionnels, en les chargeant d'accomplir à sa place tel ou tel acte d'information qu'il estime nécessaire. Ainsi, afin de donner plus d'efficacité à l'instruction, les magistrats chargés de la fonction d'informer disposent d'un outil juridique prévu par les articles 151 et suivants du Code de procédure pénale : La commission rogatoire. En quoi peut-elle consister ? Selon quelles règles est-elle mise en œuvre ?

La commission rogatoire est un acte par lequel un juge d'instruction délègue ses pouvoirs à un autre magistrat ou à un officier de police judiciaire, à l'effet de faire procéder à sa place à un ou plusieurs actes d'information.
Elle se justifie par l'une ou l'autre des raisons suivantes : soit l'éloignement du juge d'instruction par rapport au lieu où l'acte d'instruction doit être fait ; soit la nécessité, pour le juge d'instruction, de se décharger de certaines de ses tâches d'investigation. Il s'agit donc d'une délégation judiciaire de pouvoirs opérée par le magistrat instructeur à tout juge de son tribunal, tout juge d'instruction ou tout officier de police judiciaire dans le but de réaliser des actes d'instruction dans les lieux où ils sont compétents.

On peut également définir la commission rogatoire comme étant une ordonnance administrative en forme de délégation impérative de pouvoirs, émanant le plus souvent du juge d'instruction saisi d'une information, adressée soit à l'un des magistrats visés à l'article 151 du Code de procédure pénale, soit à un officier de police judiciaire ; le délégataire étant tenu d'exécuter le ou les actes prescrits selon le mode d'opérer du magistrat mandant, en observant de surcroît les règles particulières imposées par le Code au délégataire[176].

[175] Art. 81 C. pr. pén.
[176] André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *Le droit de la police*, op. cit., p. 330.

La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 décembre 2000 définit la commission rogatoire comme étant l'acte par lequel le juge d'instruction délègue à un magistrat ou à un officier de police judicaire le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes d'information qu'il est dans l'impossibilité d'accomplir lui-même.

Définie comme une délégation de pouvoir, la commission rogatoire ne peut donc être délivrée que pour déléguer des pouvoirs dont le juge d'instruction est titulaire. De plus, elle doit être soigneusement distinguée de la réquisition qui a pour objet de solliciter du requis l'accomplissement d'une prestation intellectuelle ou matérielle. Ainsi, le juge d'instruction ne peut-il, comme il le fait pourtant fréquemment, délivrer commission rogatoire à un officier de police judiciaire aux fins de lui fournir tous les moyens en personnel et en matériel nécessaires à une reconstitution, alors qu'il doit, dans un tel cas, le requérir de les mettre à sa disposition[177].

Dès lors, il convient d'abord d'examiner le cadre légal (&I), puis l'exécution des commissions rogatoires (&II). Conditions de délivrance et modalités d'exécution de ces délégations judiciaires constituent les deux paragraphes de la présente section.

&I. LES CONDITIONS DE DÉLIVRANCE DES COMMISSIONS ROGATOIRES

La commission rogatoire confiée à la police doit demeurer exceptionnelle dans la mesure où le juge ne doit pas se déposséder de son instruction; elle n'est régulière que si le juge mandant est dans l'impossibilité de procéder en personne à tous les actes d'instruction. Cette réserve se justifie par le danger de pareille délégation, celui de voir les pouvoirs d'investigation confisqués par la police orientant en réalité l'information comme elle le souhaite, même si le juge délégant doit exercer son contrôle[178].

Cependant, la réalité est tout autre ; la décision de recourir à une commission rogatoire est extrêmement courante. Aujourd'hui, la pratique de l'instruction est en faveur de la commission rogatoire qui est devenue le principe, tandis que l'exécution spontanée se trouve

[177] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 850.
[178] Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 249.

reléguée au rang d'exception. Le juge d'instruction n'accomplit seul que les actes qui sont absolument insusceptibles de délégation. En effet, face à l'augmentation croissante de la criminalité, le juge d'instruction n'a ni le temps, ni les moyens d'effectuer seul tous les actes de l'instruction. Lorsqu'il se trouve dans une telle impossibilité, le législateur lui a donné la faculté de se faire aider dans sa tâche par le moyen des commissions rogatoires. Autrement dit, la surcharge des cabinets d'instruction et les innombrables dossiers interdisent aux juges d'accomplir eux-mêmes les recherches nécessaires d'où la nécessité, pour le juge d'instruction, de se décharger de certaines de ses tâches d'investigation. Par ailleurs, le succès de certaines opérations implique que des actes soient faits simultanément en différents endroits. Au surplus, les règles de la compétence les y invitent puisqu'ils ne peuvent sortir des limites de leur ressort territorial, sauf exception[179]. Le président de la chambre de l'instruction contrôle les conditions dans lesquelles les commissions rogatoires sont décidées puis vérifiées par le juge mandant[180].

Pour protéger les droits individuels, le Code de procédure pénale a déterminé, d'une part, les autorités judiciaires qui peuvent être chargées d'une commission rogatoire (A) et, d'autre part, l'objet de cette délégation (B).

A. LES DÉLÉGATAIRES

En raison de la gravité des actes d'instruction, ils ne peuvent être délégués qu'à certaines catégories de personnes. Ainsi, le juge peut commettre tout juge de son tribunal, tout juge d'instruction ou tout officier de police judiciaire[181], à l'exclusion des agents et agents adjoints de police judiciaire[182]. Des agents spécialement désignés par des textes particuliers[183] sont spécialement habilités en certaines matières comme les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et des fraudes pour la recherche des infractions en cette

[179] Art. 93 C. pr. pén. : « *Si les nécessités de l'information l'exigent, le juge d'instruction peut, après en avoir donné avis au procureur de la République de son tribunal, se transporter avec son greffier dans toute l'étendue du territoire national, à effet d'y procéder à tous actes d'instruction, à charge par lui d'aviser, au préalable, le procureur de la République du tribunal dans le ressort duquel il se transporte. Il mentionne sur son procès-verbal les motifs de son transport* ».
[180] Art. 220 C. pr. pén.
[181] Art. 151, al. 1 C. pr. pén.
[182] Parmi les policiers et les gendarmes, seuls les officiers de police judiciaire, qui présentent le plus de garanties, peuvent recevoir une délégation de pouvoirs par le mécanisme de la commission rogatoire.
[183] Des fonctionnaires dans les domaines particuliers où ils ont compétence.

matière[184]. Néanmoins, cette compétence doit être spéciale, d'où la nullité des commissions rogatoires délivrées à de tels agents pour enquêter sur des faits de favoritisme[185].

Selon le lieu des opérations à accomplir, les magistrats peuvent appartenir au même ressort que le juge d'instruction ou à d'autres. Le magistrat délégué peut, à son tour, charger un tiers de l'exécution des opérations tel qu'un officier de police judiciaire : il s'agit d'une subdélégation. Celle-ci est l'acte par lequel un magistrat – le plus souvent le juge d'instruction-, ayant reçu délégation de l'un de ses collègues en vue d'exécuter un ou plusieurs actes d'instruction, charge un officier de police judiciaire compétent territorialement dans son ressort d'exécuter, en ses lieu et place, le ou les actes considérés.

Mais, le plus souvent, les commissions rogatoires sont confiées à des officiers de police judiciaire, dont c'est l'une des missions. Avant la loi du 30 décembre 1985, l'article 151 du Code de procédure pénale prévoyait que le juge d'instruction ne pouvait saisir, outre un magistrat, qu'un officier de police judiciaire compétent dans son ressort. Il remettait alors parfois à celui-ci une commission rogatoire adressée, outre à cet officier de police judiciaire, à « tous juges compétents », façon de faire non censurée par la chambre criminelle et qui permettait à l'enquêteur de solliciter une « subdélégation » de tout juge d'instruction du territoire. En d'autres termes, lorsque le juge d'instruction voulait adresser une commission rogatoire à un officier de police judiciaire d'un autre ressort, il était obligé d'en saisir d'abord un magistrat de ce ressort en lui demandant de procéder à une subdélégation au profit de cet officier de police judiciaire. Mais, ce procédé semble obsolète et lourd. Désormais, les officiers de police judiciaire peuvent être aussi bien du ressort du juge d'instruction que d'un autre ressort, et qu'il s'agisse d'accomplir des actes dans le ressort ou ailleurs. Un juge d'instruction peut donner directement commission rogatoire à un officier de police judiciaire du territoire national qui doit se borner à aviser le procureur de la République dont il relève. Ainsi, le magistrat instructeur de Nantes désirant faire entendre un témoin demeurant à Lyon peut commettre directement l'officier de police judiciaire dans le ressort duquel doit être effectuée l'opération ; il saisira alors l'officier de police judiciaire de Lyon.

[184] Art. L. 215 et s. C. consom.
[185] Crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 88.

Il peut toutefois y avoir intérêt à ce qu'un officier de police judiciaire du ressort du juge d'instruction ayant commencé à y accomplir des actes d'investigation puisse les poursuivre ailleurs. Il le peut à condition qu'il y ait urgence, que la commission rogatoire prévoie expressément la possibilité d'instrumenter sur l'ensemble du territoire ; que le procureur de la République local soit avisé et que l'officier de police judiciaire soit accompagné d'un collègue localement compétent. Il existe aussi des infractions pour lesquelles les officiers de police judiciaire ont statutairement une compétence nationale. Rien n'interdit alors à un juge d'instruction, sans même à avoir à respecter l'article 18, alinéa 4 du Code de procédure pénale, de saisir l'un de ces fonctionnaires, même s'ils ne se trouvent pas affectés spécialement dans son ressort. C'est le cas des officiers de police judiciaire de la brigade de recherche et d'intervention de l'office central pour la répression de banditisme, créé par arrêté du 11 février 1986, qui ont une compétence nationale[186].

Il faut observer que la nouvelle rédaction de l'article 151 du Code de procédure pénale n'a pas pour effet de modifier la compétence territoriale de l'officier de police judiciaire délégué, mais de permettre au magistrat instructeur de saisir non pas seulement un officier de police judiciaire de son ressort, mais tout officier de police judiciaire en un point quelconque du territoire[187], qui ne peut, en principe, instrumenter que dans les lieux soumis à sa juridiction d'où le maintien, d'une part des extensions de compétence, d'autre part, du mécanisme de la subdélégation[188].

Ainsi, le juge d'instruction, s'il est dans l'impossibilité de procéder lui-même aux actes envisagés, peut en confier la réalisation aux officiers de police judiciaire. Se pose alors la question de savoir si tous les actes pouvant faire l'objet d'une telle délégation.

B. L'OBJET DE LA DÉLÉGATION

L'acte par lequel le juge mandant recourt à une commission rogatoire doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires permettant d'en contrôler la validité. Il doit indiquer la nature de l'infraction, objet des poursuites, pour pouvoir vérifier la saisine du juge.

[186] Crim., 2 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 120. En ce sens, Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 647.
[187] Crim., 20 juin 1996, *Bull. crim.*, n° 270, *Dr. pénal* 1996, comm. 279, obs. A. MARON, *D.*, 1997, Somm. 147, obs. J. PRADEL.
[188] André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *Le droit de la police*, op. cit., p. 333.

Il doit également comporter mention de la nature des actes à réaliser qui doivent se rattacher directement à la répression de l'infraction visée aux poursuites, pour connaître les termes de la délégation[189]. Il doit, enfin, être daté et signé par le magistrat qui le délivre et revêtu de son sceau, à peine de nullité[190]. La date permet de vérifier que le juge d'instruction est effectivement saisi et faire valoir l'interruption de la prescription. La signature concrétise la réelle volonté de délégation ; son omission rend, en effet, incertaine la commission rogatoire[191]. L'omission d'une de ces mentions peut entrainer la nullité de la commission rogatoire et, consécutivement celle de tous les actes subséquents. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi d'un chef de service de police contre une décision de la chambre d'accusation l'ayant suspendu de l'exercice de ses fonctions d'officier de police judiciaire pour avoir ordonné à ses collaborateurs de ne pas déférer à la réquisition d'un magistrat instructeur en arguant du fait que celui-ci n'avait pas révélé à l'avance le moment, l'objet et le lieu du transport de justice auquel ils étaient requis de collaborer[192]. Un tel refus ne serait justifié qu'au cas d'absence effective et totale de moyens, ou lorsqu'une grave menace de trouble à l'ordre public découlerait de l'exécution.

Lorsque la commission rogatoire prescrit des opérations simultanées sur divers points du territoire, elle peut, sur l'ordre du juge d'instruction mandant, être adressée aux juges d'instruction ou officiers de police judiciaire chargés de son exécution sous forme de reproduction ou de copie intégrale de l'original[193]. Elle peut même, en cas d'urgence, être diffusée par tous moyens, notamment par télégramme[194]. Chaque diffusion doit toutefois préciser les mentions essentielles de l'original et spécialement, la nature de la mise en examen, le nom et la qualité du magistrat mandant. Une copie de la commission rogatoire n'a pas à figurer, pendant son exécution, au dossier de l'instruction[195].

Pour limiter les abus que pourraient entraîner les délégations systématiques au profit de la police, la commission rogatoire devrait logiquement comporter un délai chiffré

[189] Art. 151, al. 2 et 3 C. pr. pén.
[190] Crim., 10 novembre 1970, *Bull. crim.*, n° 294 ; 28 janvier 1986, *J.C.P.*, 1986.IV.93; 18 avril 2000, *Bull. crim.*, n° 148.
[191] Crim., 12 octobre 1972, *Bull. crim.*, n° 284.
[192] Crim., 26 février 1997, *Bull. crim.*, n° 78 ; Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, op. cit., p. 329.
[193] Art. 155, al. 1 C. pr. pén.
[194] Art. D. 36 C. pr. pén.
[195] Crim., 4 août 1998, *Bull. crim.*, n˚ 222.

d'exécution. Mais la plupart du temps, le juge se borne à prescrire une exécution « dans les meilleurs délais ». La commission rogatoire doit être exécutée dans le délai imparti, s'il y en avait un, et le plus tôt possible dans le cas contraire. Le juge d'instruction est invité alors à fixer le délai dans lequel les documents relatifs à l'exécution de la commission rogatoire doivent lui être retournés[196]. A défaut, la commission rogatoire et les procès-verbaux qui retracent son accomplissement doivent lui être transmis dans les huit jours de la fin des opérations exécutées en vertu de celle-ci. Toutefois, en pratique, compte tenu du fait que les commissions rogatoires, devenues le principe, se sont multipliées, leur exécution a, naturellement pris du retard, le nombre des officiers de police judiciaire n'étant pas extensible ; aussi les délais fixés ne sont jamais respectés et les juges d'instruction sont souvent contraints à des rappels incessants[197]. Le juge est tenu de vérifier leur régularité ; il peut éventuellement les refaire lui-même ou les faire refaire par d'autres.

Hypothèse de délégation judiciaire, la commission rogatoire ne peut permettre des recherches étrangères aux faits dont le juge mandant est saisi (1). Elle ne saurait, en outre, autoriser le délégataire à accomplir tous actes que le juge mandant aurait pu faire personnellement, car la loi a pris soin de fixer des limitations à l'objet de ces délégations[198] (2). Les actes d'instruction demandés doivent donc être suffisamment précis et se rattacher directement à la recherche de la preuve et de l'auteur des faits, objets de la saisine du juge. Principe de généralité des commissions rogatoires et restrictions quant aux actes susceptibles de délégation sont donc les questions qui vont faire l'objet des développements du présent paragraphe.

1. Principe de généralité des commissions rogatoires

La commission rogatoire est limitée, dans son objet, par le principe de la saisine *in rem*. Elle doit viser une infraction déterminée et ne peut prescrire que des actes se rattachant directement aux faits ayant motivé l'ouverture de l'information[199]. A vrai dire, le juge d'instruction saisi de l'affaire, ne peut transmettre au délégataire plus de pouvoirs qu'il n'en dispose lui-même ; la commission rogatoire doit donc être spéciale. Dans cette logique, la

[196] Art. 151, al. 4 C. pr. pén.
[197] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 850.
[198] Haritini MATSOPOULOU *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 228.
[199] Crim., 13 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 377.

Cour de cassation admet que la commission rogatoire générale est irrégulière ; le juge d'instruction ne peut délivrer une commission rogatoire que pour entreprendre des investigations sur des faits dont il est saisi[200]. Le Code de procédure pénale a entériné cette jurisprudence en prohibant les commissions rogatoires générales quant aux infractions visées. Les alinéas 2 et 3 de l'article 151 de ce Code prévoient « que la commission rogatoire indique la nature de l'infraction objet des poursuites » et qu' « elle ne peut prescrire que des actes d'instruction se rattachant directement à la répression de l'infraction visée aux poursuites ». Cette disposition implique que chaque commission rogatoire vise une infraction déterminée. Les commissions rogatoires qui s'étendent à d'autres infractions que celles visées lors de la saisine du juge d'instruction, sont par conséquent nulles. Il reste qu'en certaines circonstances, elle se rapporte, indirectement, à des infractions peu précisées : ainsi, par définition, en matière de recherche des causes de la mort[201] ou en cas de poursuite du chef d'association de malfaiteurs et de vols[202]. Dans ce dernier cas, la commission rogatoire peut prescrire aux officiers de police judiciaire de rechercher les autres méfaits qu'avaient pu commettre les individus impliqués et de déterminer s'il y a des receleurs, ces actes se rattachant au délit d'association de malfaiteurs.

Le juge d'instruction doit alors être attentif à ne pas délivrer à un officier de police judiciaire une commission rogatoire lui demandant de développer une recherche coercitive de la preuve sur des faits dont il n'est pas saisi[203]. Il en va de même s'il découvre un fait nouveau ; le juge d'instruction ne peut, le cas échéant, qu'effectuer d'urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance, sans procéder à des actes qui, présentant un caractère coercitif, exigent la mise en mouvement de l'action publique[204].

Si une commission rogatoire ne peut être générale quant aux infractions concernées, elle peut, en revanche, requérir non seulement un ou plusieurs actes déterminés mais aussi tous les actes que le délégataire estimera nécessaires. La commission rogatoire générale quant

[200] Crim., 22 janvier 1953, *D.*, 1953.533, note LAPP.
[201] Crim., 24 février 1987, *Bull. crim.*, n° 93 ; art. 74 C. pr. pén.
[202] Crim., 11 juin 1970, *D.*, 1971.321, note J.M.R., *R.S.C.*, 1971.108, obs. VITU ; 9 novembre 1976, *Bull. crim.*, n° 320 ; 14 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 199 ; 12 février 1985, *J.C.P.*, 1986.20587, note JEANDIDIER.
[203] Crim., 24 novembre 1998, *Procédures* 1999, obs. J. BUISSON, à peine de commettre un excès de pouvoir susceptible de nullité pour incompétence puisqu'il instruit hors de saisine.
[204] Crim., 6 février 1996, *Bull. crim.*, n° 60, *D.*, 1996.198, note J. PRADEL, *J.C.P.*, 1996.II.22634, note P. CHAMBON, *Justices* 1996, 286, obs. D. REBUT, *Dr. pénal* 1996, comm. 74, obs. A. MARON.

aux actes d'enquête prescrits n'est pas donc censurée par la chambre criminelle[205]. La formule par laquelle le juge d'instruction enjoint à l'officier de police judiciaire d'effectuer, à l'endroit d'une infraction déterminée, toutes opérations utiles, toutes visites et perquisitions, toutes saisies et en général toutes diligences utiles à la manifestation de la vérité n'est pas critiquable[206].

Le Code de procédure pénale a, à son tour, autorisé les commissions rogatoires générales quant aux actes. Des raisons pratiques conduisent à permettre les commissions rogatoires générales quant aux actes à accomplir, car le déroulement des opérations de police peut rendre nécessaire tel ou tel acte auquel le magistrat déléguant n'avait pas forcément pensé mais dont l'intérêt se révèle à partir d'autres constatations.

En conclusion, il en découle que, la latitude de l'officier en cause est grande quant aux actes qu'il est susceptible d'accomplir en lieu et place du juge d'instruction, mais elle ne concerne toutefois que les infractions à l'endroit desquelles le juge l'a spécialement mandaté. Pourtant, même si la commission rogatoire générale quant aux actes est expressément permise, le délégataire ne peut pas exercer tous les pouvoirs du juge mandant ; le Code de procédure pénale a fixé quelques restrictions quant aux actes susceptibles d'être exécutés.

2. Les limitations

Le délégataire ne peut pas accomplir toutes les attributions du juge d'instruction, dans la mesure où plusieurs d'entre elles sont incommunicables (a). Parmi les actes susceptibles de délégation, certains ne peuvent l'être qu'à des juges (b) ; d'autres peuvent en revanche être délégués aussi bien aux officiers de police judiciaire qu'aux magistrats (c).

a. Les actes insusceptibles de délégation

La commission rogatoire ne peut porter, selon les termes des articles 151, alinéa 1er, et 81, alinéa 4, du Code de procédure pénale, que sur des « actes d'information ». Il s'ensuit

[205] Crim., 19 décembre 1956, *RDP* 1956, 136 ; 9 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 187 ; 8 juin 1999, *Bull. crim*., n° 124, est ainsi légale, une commission rogatoire qui délègue le pouvoir de procéder à toutes recherches en vue d'identifier les auteurs et complices d'une infraction spécifiée.
[206] Crim., 4 décembre 1956, *Bull. crim.*, n° 503.

qu'en aucun cas, le juge d'instruction ne peut déléguer d'autres pouvoirs que d'investigation. Ainsi, la délégation ne peut jamais avoir pour objet la délivrance d'un mandat. Il est également admis que les décisions et actes juridictionnels, tels que les ordonnances et les arrêts, ne peuvent faire l'objet d'une délégation. Autrement dit, les actes qui se rattachent au pouvoir juridictionnel du magistrat instructeur lui sont propres, comme le refus de procéder à un acte d'instruction. L'impossibilité de déléguer à d'autres personnes l'accomplissement de ces actes se justifie par le caractère incommunicable du pouvoir juridictionnel dont le juge est revêtu, ainsi que par le souci de marquer la différence entre ce qui est recherche des preuves, où les commissions rogatoires peuvent être délivrées, et ce qui est fonction juridictionnelle du magistrat, qui apprécie et juge la procédure d'instruction[207].

On remarque toutefois que si le droit d'ordonner une écoute téléphonique, selon l'article 100, alinéa 2 du Code de procédure pénale, n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours, ce droit a néanmoins été réservé au juge d'instruction. De même, lui sont réservées les perquisitions dans certains locaux professionnels, au cabinet ou au domicile d'un avocat, au cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier ou encore dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle[208].

Par ailleurs, bien que l'expertise soit un acte d'information, le juge d'instruction ne peut donner commission rogatoire à un officier de police judiciaire ou à un autre magistrat aux fins d'y procéder. Cette solution a été retenue par la chambre criminelle sous l'empire du Code d'instruction criminelle[209] et maintenue par elle depuis[210].
Outre les actes ne pouvant faire l'objet d'une commission rogatoire, l'officier de police judiciaire ne peut se voir confier l'exécution de certains actes, dont seul un magistrat peut être délégataire.

[207] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II*, op. cit., p. 521.
[208] Art. 56-1, 56-2 et 56-3 C. pr. pén.
[209] Crim., 22 novembre 1956, *Bull. crim.*, n° 769 ; 3 mars 1959, *Bull. crim.*, n° 147.
[210] Crim., 15 mai 1973, *Bull. crim.*, n° 221; 2 septembre 1986, *Bull. crim.*, n° 251, *J.C.P. G* 1987.II.20766, note CHAMBON.

b. Les actes strictement réservés aux magistrats

Un certain nombre des actes d'instruction, en raison de leur gravité, ne peuvent être confiés qu'à un magistrat. En effet, lorsque le juge d'instruction envisage de mettre en examen une personne entendue ou pas comme témoin assisté, il peut requérir par commission rogatoire, tout juge d'instruction de procéder à la mise en examen de cette personne[211]. C'est ainsi que l'officier de police judiciaire ne peut jamais recevoir une commission rogatoire pour mettre en examen une personne, procéder à son interrogatoire, la placer sous statut du témoin assisté[212] et la confronter avec d'autres personnes[213]. Une telle exception se trouve réservée à l'article 105 du Code de procédure pénale qui interdit aux officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire, d'entendre comme témoins les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi. Cette exclusion, déjà en vigueur sous l'empire du Code d'instruction criminelle, s'explique par la nécessité de respecter les droits de la défense à l'égard des personnes concernées, parties à l'information. Le législateur estime donc que les formalités protectrices de la défense seraient mieux respectées par un juge que par un policier.

c. Les actes pouvant être délégués à un officier de police judiciaire

A l'instar du magistrat, l'officier de police judiciaire peut entendre tout témoin tant que n'apparaissent pas contre lui des indices graves et concordants de culpabilité[214]. En pareille hypothèse, trois cas doivent être distingués. En premier lieu, si l'officier de police judiciaire réunit, avant l'audition d'un témoin, des indices graves et concordants justifiant sa participation à l'infraction, il lui est interdit de l'entendre. Toutefois, il doit le conduire immédiatement devant le magistrat mandant, après en avoir référé à ce magistrat.

En second lieu, s'il est établi pendant l'audition, qu'un témoin a participé aux faits, objet des poursuites, c'est à dire que des indices graves et concordants sont réunis à son encontre, l'officier de police judiciaire peut enregistrer les aveux, mais il doit cesser immédiatement

[211] Art. 152, al. 2 C. pr. pén. Ce dernier conserve toute latitude pour apprécier les indices existants et, refusant la mise en examen, placer l'intéressé sous le statut du témoin assisté.
[212] Crim., 4 octobre 1968, *Bull. crim.*, n° 245, *D.*, 1968.689, note BAURES, est prohibée la commission rogatoire ordonnant à un officier de police judiciaire de faire reconstituer par un inculpé un itinéraire se rattachant aux faits pour lesquels il est poursuivi, un tel acte s'analysant en un interrogatoire.
[213] Crim., 5 avril 1960, *Bull. crim.*, n° 209.
[214] Crim., 13 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 105 ; 1er décembre 1998, *Bull. crim.*, n° 323 ; 8 juin 1999, op. cit.

l'audition ; en effet, l'article 105 du Code de procédure pénale lui interdit, selon le cas, d'entreprendre, de continuer ou de reprendre son audition. Il doit aviser également la personne entendue du contenu dudit article. La formule à employer est la suivante : « *Nous vous avertissons que dans l'état actuel de l'enquête, des indices graves et concordants de participation à l'infraction se trouvent réunis contre vous. En application de l'article 105 du Code de Procédure Pénale, dont nous vous donnons lecture, nous devons interrompre votre audition et vous conduire devant le juge d'instruction* ».

Enfin, dans le cas où l'officier de police judiciaire ne réunit pas d'indice grave et concordant de participation à l'infraction, il peut alors poursuivre l'audition jusqu'à son terme. Aussi, afin d'éviter un cas de nullité pour violation des droits de la défense, l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la commission rogatoire doit informer le juge mandant des auditions de témoins contres lesquels des indices graves et concordants sont relevés, pour que ce magistrat puisse donner toute instruction qui pourrait, éventuellement, lui servir de justification. Il peut, en outre, entendre l'inculpé comme témoin, mais sur des faits distincts de ceux sur lesquels la mise en examen a été décidée[215]. Mais, si un témoin refuse de comparaitre, seul le magistrat mandant peut l'y contraindre par la force publique. L'officier de police judiciaire est donc dépourvu de tout pouvoir de contrainte pour faire comparaitre un témoin récalcitrant et ne peut qu'en référer au magistrat mandant.

En outre, l'officier de police judiciaire commis peut pratiquer des constats sur les lieux, des perquisitions[216], des saisies, des réquisitions, des opérations de prélèvements externes, des sonorisations et fixation d'images, des opérations d'infiltration, des écoutes téléphoniques, en se conformant aux règles exposées pour l'instruction préparatoire.

Si l'audition du témoin assisté et de la partie civile est, en principe, réservée aux juges, l'officier de police judiciaire peut, toutefois, procéder à leur audition si ces personnes le demandent expressément[217]. En pratique, le juge d'instruction rappellera dans sa commission rogatoire cette sorte de « délégation sous condition » à laquelle il procède et les précautions que doit prendre l'officier de police judiciaire délégué. Toutefois, si la personne n'a pas encore acquis la qualité de témoin assisté par l'effet d'une audition par le juge

[215] Crim., 13 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 254.
[216] Crim., 11 janvier 1967, *Bull. crim.*, n° 22; 29 novembre 1995, *Bull. crim.*, n° 363.
[217] Art. 152, al. 2 C. pr. pén. ; Crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 95.

d'instruction[218], elle peut être entendue par les enquêteurs comme un témoin ordinaire[219] et être aussi placée en garde à vue, si elle est en somme un témoin assisté virtuel.

De toute façon, à aucun moment les enquêteurs ne peuvent mettre en échec les droits de la défense et leur action doit être dictée par la plus grande prudence. Aussi ne doivent-ils pas hésiter en cas de doute à prendre contact avec le juge d'instruction qui conserve la haute main sur l'exécution des commissions rogatoires et pourra ainsi leur indiquer la mesure à suivre.

&II. L'ÉXÉCUTION DES COMMISSIONS ROGATOIRES

En premier lieu, le magistrat chargé de l'information doit conserver la direction effective de la commission rogatoire (A). En second lieu, les délégataires agissent en faits et place du magistrat mandant, selon une procédure identique et rigoureuse (B). Enfin, l'officier de police judiciaire délégué dispose de prérogatives étendues dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire (C).

A. LA DIRECTION DU JUGE D'INSTRUCTION

La loi du 9 mars 2004 a donné au juge mandant tous les moyens du pouvoir de direction qu'il tient de l'article 14, alinéa 2 du Code de procédure pénale. En effet, le législateur lui consacre le pouvoir de se déplacer pour diriger et contrôler l'exécution d'une commission rogatoire. A cet égard, se pose la question de savoir dans quelles formes doit s'effectuer ce transport. L'article 152, alinéa 3 du Code de procédure pénale y répond en précisant que le juge n'est pas tenu en ce cas d'être assisté de son greffier et de dresser procès-verbal, dès lors qu'il ne procède pas lui-même à des actes d'instruction. Il peut néanmoins à l'occasion de ce transport, ordonner la prolongation des gardes à vue prononcées dans le cadre de la commission rogatoire. Dans tous les cas, mention de ce transport est faite sur les pièces d'exécution d'une telle commission.

[218] Art. 113-4 C. pr. pén.
[219] Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim*., n° 76, *R.S.C*., 2004.672, obs. A. GIUDICELLI.

Le juge d'instruction doit, entre autres, ne recourir aux commissions rogatoires que pour les actes d'information auxquels il se trouve dans l'impossibilité de procéder lui-même. En pareille hypothèse, il doit fixer le délai dans lequel les opérations commandées doivent être accomplies, afin de recommencer lui-même ou de faire recommencer, le cas échéant, les actes irréguliers[220]. Il doit aussi vérifier les éléments d'information recueillis sur commission rogatoire. En conséquence, le magistrat instructeur doit demeurer le maître de l'instruction préparatoire. Ceci impose à l'officier de police judiciaire de l'informer de l'avancement des investigations. Le procès-verbal de tout acte d'investigation doit également lui être communiqué dans les huit jours de sa réalisation[221].
S'il estime que la commission rogatoire n'est pas exécutée de manière satisfaisante ou que les éléments recueillis sont suffisants, le juge peut y mettre un terme, même si le délégataire n'a pas exécuté tous les actes prescrits. Il ne s'agit pas alors d'une annulation, mais d'une simple demande de retour « en l'état » qui interrompt l'exécution de la délégation.

L'exécution de la commission rogatoire devant faire l'objet d'un suivi par le juge mandant, celui-ci ne peut toutefois exécuter les actes d'instruction délégués. En réalité, une fois la commission rogatoire délivrée, le juge d'instruction ne peut plus exercer les pouvoirs qu'il a délégués sans suspendre immédiatement la délégation qu'il avait ainsi consentie et rendre incompétent l'officier de police judiciaire commis. C'est ainsi que la Cour de cassation a souligné que ne constitue pas un transport sur les lieux le fait, pour un juge d'instruction qui a délivré une commission rogatoire, de se rendre dans les locaux du délégataire pour y exercer ses pouvoirs de contrôle et de direction sur l'officier de police judiciaire commis rogatoirement[222].

Aussi bien, l'exécution de la commission rogatoire est attachée à un formalisme rigoureux : le délégataire doit effectuer les actes d'instruction sollicités par le juge selon les mêmes droits et obligations que ce dernier.

[220] Art. 81, al. 5 C. pr. pén.
[221] Art. 151, al. 4 C. pr. pén.
[222] Crim., 28 mai 1990, *Bull. crim.,* n° 216.

B. L'EXERCICE DES POUVOIRS DÉLÉGUÉS

Les magistrats ou officiers de police judiciaire, délégataires d'une commission rogatoire, ont à respecter les mêmes règles et formalités que celles s'imposant au juge d'instruction lorsqu'il opère lui-même. Ainsi, quand l'officier de police judiciaire procède, sur délégation, à l'audition d'un témoin, il lui fait prêter serment, ce qui ne se ferait pas s'il l'entendait au cours d'une enquête policière. Cette obligation ne s'applique pas aux personnes gardées à vue, la prestation de serment par le mis en cause n'étant pas une cause de nullité de la procédure[223]. Cependant, à la différence du juge d'instruction, l'officier de police judiciaire n'est pas assisté par un greffier, dès lors qu'il n'en use pas pour ses fonctions habituelles[224]. En effet, un arrêt du 4 juin 1953 a admis qu'aucun texte de loi n'oblige les officiers de police judiciaire, agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction, à recourir à l'assistance d'un greffier pour procéder à un acte d'information[225].

De manière générale, les officiers de police judiciaire agissant sur délégation du juge d'instruction sont tenus à la même obligation de loyauté que lui, plus forte que celle qui pèse sur eux au stade de l'enquête ; ils ne peuvent user de la ruse pour recueillir les renseignements qu'on leur demande de rechercher et doivent donc agir à visage découvert, comme le ferait le juge d'instruction lui-même[226]. En effet, l'instruction marquant l'ouverture de la phase judiciaire de la procédure, il importe de ne pas compromettre les droits de la défense.

De surcroît, les magistrats ou officiers délégués exercent, dans les limites de la commission rogatoire, toutes les prérogatives du juge d'instruction[227]. En conséquence, ils peuvent procéder à des perquisitions et saisies contre le gré des personnes concernées. Ils peuvent en outre citer des témoins, qui sont tenus – sous peine d'amende prévue à l'article 434-15 du Code pénal- de comparaître, de prêter serment et de déposer. S'il ne comparait pas, le juge d'instruction mandant pourra l'y contraindre par la force publique. Tout se passe donc comme si le magistrat instructeur procédait à l'enquête lui-même.

---

[223] Art. 153 C. pr. pén.
[224] Crim., 19 février 1953, *Bull. crim.*, n° 61.
[225] Crim., 4 juin 1953, *D.*, 1954.147, note GOLLETY.
[226] Crim., 16 décembre 1997, *D.*, 1998.354, note J. PRADEL.
[227] Art. 152, al. 1 C. pr. pén.; Crim., 24 juillet 1961, *Bull. crim.*, n° 353, les prérogatives de l'autorité déléguée expirent avec l'exécution de la commission et, au plus tard, avec le dessaisissement du juge d'instruction.

Enfin, l'exécution de certains actes d'instruction nécessite l'intervention du juge d'instruction. Certes, celui-ci peut se transporter sur les lieux pour diriger et contrôler l'exécution de la commission rogatoire, mais il ne procède pas lui-même à des actes d'instruction. En revanche, il peut dans ce cadre ordonner la prolongation des gardes à vue prononcées[228]. L'officier de police judiciaire adresse donc ses procès-verbaux et rapports au magistrat mandant.

En conséquence, les délégataires exercent toutes les prérogatives du juge d'instruction, mais ils ne peuvent agir que dans le cadre de sa saisine, ce qui veut dire qu'ils sont liés dans les mêmes termes que le juge d'instruction aux faits dont ce dernier a été saisi. En dépit des prérogatives que la commission rogatoire fournit, l'officier de police judiciaire dispose de pouvoirs propres lui permettant, d'une part, d'enquêter d'office sur des infractions nouvelles étrangères à l'information, et d'autre part, de placer une personne en garde à vue.

C. LES PRÉROGATIVES PROPRES DE L'OFFICIER DE POLICE JUDICIAIRE DÉLÉGUÉ

La police judiciaire intervenant dans le cadre d'une commission rogatoire est amenée parfois à découvrir de nouveaux faits, étrangers aux infractions dont le juge mandant est saisi. En pareille hypothèse, la question se pose de savoir si les policiers peuvent valablement intervenir en dehors de la délégation judiciaire et enquêter d'office sur les nouvelles infractions. La loi répond par l'affirmative en permettant à ces officiers de procéder à des investigations sur ces faits, avec leurs pouvoirs en matière d'enquête préliminaire ou de flagrance (1). En outre, l'officier en cause a un pouvoir que le juge mandant ne dispose pas, celui de placer une personne en garde à vue si les nécessités de la commission rogatoire l'exigent (2).

[228] Art. 152, al. 3 C. pr. pén.

1. Découverte des faits nouveaux étrangers à la saisine *in rem*

On a vu que le juge d'instruction ne pouvait délivrer une commission rogatoire portant sur des faits non compris dans sa saisine. *A fortiori*, le délégataire ne peut quant à lui, en exécutant la commission rogatoire, déborder la saisine du juge mandant[229].
Mais, si la délégation de pouvoirs par le mécanisme de la commission rogatoire n'habilite pas l'officier de police judiciaire à se saisir d'autres infractions que celles visées aux poursuites, celui-ci conserve, toutefois, dans le cadre de son exécution, les pouvoirs propres que la loi lui a conférés dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance[230].

On savait depuis le début du XX^{e} siècle que le juge d'instruction est saisi *in rem* et ne peut donc pas informer sur des faits que le procureur n'a pas visés dans le réquisitoire introductif[231]. La jurisprudence la plus récente a, certes, atténué la rigueur du principe en permettant au juge de procéder à de vérifications sommaires relatives aux faits nouveaux avant de solliciter un éventuel réquisitoire supplétif du ministère public[232], mais le principe demeure. Pour autant, on continue de s'interroger sur l'étendue de ce principe. La saisine *in rem* concerne-t-elle le seul juge d'instruction ou bien tous les agents susceptibles d'accomplir des actes d'instruction, autrement dit les officiers de police judiciaire commis rogatoirement ? Les actes par lesquels les policiers, agissant sur le fondement d'une commission rogatoire, ont éventuellement mis au jour les preuves d'autres infractions que ceux visées dans la commission du juge doivent-ils être annulés par la chambre de l'instruction de la cour d'appel ? La réponse est négative. La police judiciaire chargée d'exécuter une commission rogatoire portant sur des faits de trafic de stupéfiants pouvait-elle valablement enquêter sur des faits de corruption ? La doctrine avait majoritairement tranché par l'affirmative. La jurisprudence était, en revanche, plus hésitante au début[233].

Dans son arrêt du 19 janvier 1999, la chambre criminelle de la Cour de cassation a répondu par l'affirmative et a admis la légalité de l'intervention de la police, en consacrant

[229] Frédéric DESPORTES et Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, p. 1167.
[230] Ass. plén., 22 novembre 2002, *Juris-Data* n° 016547; Crim., 7 mai 2002, *Juris-Data* n° 015312 ; 1er décembre 2004, *Juris-Data* n° 2005-026136.
[231] Crim., 11 décembre 1908, *Bull. crim.*, n° 495
[232] Crim., 6 février 1996, op. cit. ; 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 176.
[233] Crim., 17 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 186, pour la conception restrictive ; Crim., 1er avril 1998, *Bull. crim.*, n° 124, pour la conception extensive.

tout à la fois un principe et le moyen de s'en affranchir : sans doute le juge d'instruction et ses « mandataires » commis rogatoirement sont-ils saisis *in rem*, mais rien n'empêche la police de mener, par ailleurs, en flagrance et de sa propre initiative, des investigations sur des faits nouveaux[234]. En l'espèce, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir relevé que les agissements en cause constituaient effectivement des faits nouveaux étrangers à la saisine du juge et considéré que les policiers avaient, à tort, cru pouvoir accomplir les actes nécessaires à la constatation de ce délit sur le fondement de la commission rogatoire dont ils étaient saisis; ceux-ci ne pouvaient, certes, pas instruire sur le fondement de la commission rogatoire, mais rien ne les empêche d'enquêter sur les faits nouveaux conformément aux articles 14 et 17 du Code de procédure pénale.

En résumé, les policiers sont habilités à rechercher les preuves d'une infraction qui ne serait pas mentionnée à la commission rogatoire dès lors qu'ils tiennent des articles 14 et 17 précités le droit de procéder d'office et en flagrance à des investigations sur les faits qui leur ont été révélés et qui concernent des infractions sur le point de se commettre. En pareille hypothèse, si l'officier de police judiciaire vient à découvrir incidemment des indices révélant l'existence d'agissements délictueux en cours, étrangers à la saisine du juge d'instruction, il lui appartient d'établir une procédure distincte, dite incidente, soit en préliminaire, soit en flagrant délit, en rendant compte sur-le-champ au magistrat mandant ainsi qu'au procureur de la République. Le défaut d'avis n'est pas susceptible d'affecter la validité des actes exécutés d'office[235].

Le 13 décembre 2000, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que lorsque les officiers commis rogatoirement découvrent des faits nouveaux, s'il ne leur est pas interdit de mettre en œuvre l'ensemble des pouvoirs qu'ils tiennent des règles prévues pour l'enquête préliminaire ou de flagrance, ils ne peuvent procéder à des actes revêtant un caractère coercitif sous le couvert de l'exécution de la commission rogatoire dont ils sont chargés[236]. On le voit, cette décision ne remet pas en cause la jurisprudence de 1999, mais en réduit beaucoup la portée : en effet, l'aptitude des policiers à agir, spontanément, en dehors du

[234] Crim., 19 janvier 1999, *J.C.P.*, 1999.II.10156, note D. REBUT.
[235] Crim., 11 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 186.
[236] Crim., 13 décembre 2000, op. cit., l'officier de police judiciaire commis ne peut employer la coercition par rapport aux nouveaux faits. Il ne peut réaliser que des vérifications sommaires. Mais, il garde toujours sa casquette d'enquêteur : si des faits nouveaux sont constatés en état de flagrance, alors l'emploi de a coercition est toujours possible.

champ clos de la commission rogatoire, a-t-elle encore un intérêt dès lors que les investigations coercitives menées en flagrance sont prescrites. Par ailleurs, en l'absence de saisine *in personae*, le délégataire peut être valablement chargé d'identifier toutes les personnes ayant pu commettre l'infraction[237].

Aussi bien, l'officier de police judiciaire conserve un pouvoir propre qu'il peut mettre en œuvre pour les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire : il a la possibilité de placer quelqu'un en garde à vue.

2. Le pouvoir exclusif de l'officier de police judiciaire : La garde à vue

En usant de ses pouvoirs propres, l'officier de police judiciaire peut recourir, si c'est nécessaire pour l'exécution de la commission rogatoire, à la garde à vue d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction[238]. Il en avise dès le début le juge saisi des faits, aux fins de contrôle. Tout retard injustifié porte atteinte aux droits de l'intéressé et entraîne la nullité de la garde à vue[239]. Toutefois, la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves et concordants de culpabilité ne peut être placée en garde à vue[240], de sorte que seul le juge d'instruction pourra l'entendre en qualité de mise en examen. Par ailleurs, la personne à l'encontre de laquelle il n'existe pas de raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction ne peut être retenue que le temps strictement nécessaire à son audition et ne peut être placée en garde à vue.

L'officier de police judiciaire se voit donc reconnaitre par la possibilité de placer en garde à vue, un pouvoir que le juge mandant n'a pas. Dans cette hypothèse, les règles de droit commun sont applicables. Les officiers doivent alors respecter les mêmes impératifs que la garde à vue se plaçant dans la phase purement policière. La durée maximale de la garde à vue et les garanties qui l'entourent sont donc identiques, mais le contrôle de la garde à vue appartient au juge d'instruction et non pas au procureur de la République. L'officier de police

[237] Crim., 9 décembre 1991, *Bull. crim.,* n° 465.
[238] Art. 154 C. pr. pén.
[239] Crim., 29 février 2000, *Bull. crim*., n° 92, *Dr. pénal* 2000, comm. 80, obs. A. MARON, un délai de 5 heures avant l'information du juge méconnaît la règle de l'art. 154, al. 1 C. pr. pén.
[240] Crim., 14 mai 2002, *Bull. crim*., n° 111 ; 25 novembre 2003, *Bull. crim*., n° 221.

judiciaire ne peut retenir la personne plus de vingt-quatre heures. Avant l'expiration du délai de vingt-quatre, la personne doit être présentée à ce magistrat ou, si la commission rogatoire est exécutée dans un autre ressort que celui de son siège, au juge d'instruction du lieu d'exécution de la mesure[241].

A l'issue de cette présentation, le juge d'instruction peut accorder l'autorisation écrite de prolonger la mesure d'un nouveau délai, sans que celui-ci puisse excéder vingt-quatre heures. Il peut, à titre exceptionnel, accorder cette autorisation par décision écrite et motivée sans présentation préalable de la personne[242]. L'autorisation doit intervenir avant l'expiration du premier délai de vingt-quatre heures et il n'importe que l'écrit formalisant cette autorisation ait été joint postérieurement à la procédure[243]. Mais, la garde à vue ne saurait se prolonger à partir du moment où apparaissent contre la personne gardée à vue des indices graves et concordants de culpabilité. Dans ce cas, l'officier de police judiciaire doit la remettre sans délai entre les mains du magistrat instructeur. Le président de la chambre de l'instruction veille au respect de ces règles, et s'emploie à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié[244]. Plus largement, il s'assure du bon fonctionnement des cabinets d'instruction de son ressort. Il est enfin à noter que les personnes gardées à vue au titre d'une commission rogatoire n'ont pas à prêter serment ; mais le fait qu'elles aient prêté serment n'est pas une cause de nullité[245].

En conséquence, le rôle de la police judiciaire ne s'arrêtera pas au seuil de l'instruction préparatoire dirigée par un juge du siège. Ce magistrat n'ayant ni le temps, ni les moyens d'effectuer seul tous les actes de l'instruction, il peut se faire aider dans sa tâche par le moyen de la commission rogatoire. Cette délégation apparaît comme une procédure permettant de désengorger les cabinets d'instruction en faisant effectuer les actes courants de l'information par des officiers de police judiciaire, enquêteurs chevronnés. Ces derniers agissent en faits et place du magistrat requérant selon une procédure identique et rigoureuse.

[241] Crim., 6 octobre 1998, *Bull. crim*., n° 24.
[242] Crim., 27 juin 2000, *Bull. crim*., n° 246.
[243] Crim., 30 octobre 2001, *Bull. crim*., n° 221.
[244] Art. 220 C. pr. pén.
[245] Art. 153, dernier al. C. pr. pén.

Mais, les juges d’instruction, de moins en moins saisis, ont vu leurs prérogatives se réduire en faveur de celles du parquet et de la police. Aujourd’hui, le nombre d’informations a diminué et le nombre de procédures qui permettent le jugement de la personne au sortir de la phase policière a augmenté. Il est donc proposé la suppression du juge d'instruction au profit d'un nouveau juge qui contrôlera le déroulement des enquêtes mais ne les dirigera plus. Telle est l’ambitieux du fameux projet proposé pour réformer le Code de procédure pénal

SECTION III
L'AVANT-PROJET DU FUTUR CODE DE PROCÉDURE PÉNALE ET SES CONSÉQUENCES

Le 7 janvier 2009, lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le Président de la République Nicolas Sarkozy annonçait une importante réforme de la procédure pénale conçue autour d'une mesure phare : la suppression du juge d'instruction. Le discours était clair : « L'homme le plus puissant de France » ne devait plus être le juge de l'enquête pénale, dont la charge allait être transférée au ministère Public[246].
S'il ne s'agit pas ici d'entrer dans un débat sur la méfiance du pouvoir politique à l'égard des « petits juges », il est néanmoins possible de s'étonner de la brutalité d'une telle annonce, moins de trois ans après le rapport approfondi de la commission d'enquête parlementaire dite d'Outreau concluant non pas à la suppression du juge d'instruction mais à l'institution d'une instruction collégiale, deux ans après le vote de la loi du 5 mars 2007 renforçant l'équilibre de la procédure pénale, un an après le décret du 16 janvier 2008 portant création de quatre-vingt onze pôles de l'instruction, un mois avant la comparution du juge Burgaud devant le Conseil supérieur de la Magistrature dans sa formation disciplinaire, un an avant l'entrée en vigueur du nouvel article 83 du Code de procédure pénale sur l'instruction collégiale[247].

Début septembre 2009, le comité Léger, installé le 14 octobre 2008 pour réfléchir à une réforme de la procédure judiciaire française, a rendu son rapport définitif au président de la République. Il a rempli la mission principale qui lui avait été assignée : promouvoir un système de procédure pénale qui consacre la montée en puissance du parquet au stade de l'enquête, et réduire le dernier bastion de résistance que constitue le juge d'instruction. A cet égard, il a proposé de supprimer le juge d'instruction et d'instituer une enquête unique, au sein de laquelle toutes les investigations pénales seraient menées par l'équipe du parquet. Nul doute que le renfort présidentiel a conforté les membres du comité Léger, sans qu'il y ait eu toutefois unanimité sur la suppression du juge d'instruction[248].

---

[246] « *C'est la fin des juges indépendants qui osaient enquêter sur des affaires embarrassantes pour le Pouvoir : le procureur, aux ordres du ministre de la Justice, pourra décider seul s'il y a lieu d'ouvrir une enquête. Une régression démocratique sans précédent* ».
[247] Catherine GIUDICELLI , *« Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra* », *AJ pénal* 2009, p. 68.
[248] Haritini MATSOPOULOU, « *La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction* », *art. préc.*, p. 194.

La question de la suppression du magistrat instructeur est une vieille question, une question récurrente déjà labourée par Henri Donnedieu de Vabres il y a soixante ans dans un rapport demeuré célèbre[249]. En 1991, un autre célèbre rapport a été remis au garde des Sceaux, celui de la commission « Justice pénale et droits de l'homme » présidée par Mireille Delmas-Marty[250]. La commission Delmas-Marty, soulignant la question de la distinction des fonctions d'investigations et des fonctions juridictionnelles, avait proposé de remplacer le juge d'instruction par un juge, chargé de prendre toutes les mesures touchant à la liberté individuelle et de contrôler l'enquête confiée au parquet. Les principales critiques théoriques adressées au modèle du juge d'instruction reposent ainsi sur l'incompatibilité qui existerait entre les fonctions de ce juge à deux visages, qui doit, comme enquêteur, faire des hypothèses sur la culpabilité et l'innocence, mais qui est supposé redevenir impartial pour prendre des décisions juridictionnelles - à commencer par la détention provisoire- et décider le renvoi en jugement[251] ; l'instruction à charge et à décharge étant considérée comme une position humainement intenable sous peine de schizophrénie, l'enquêteur ne pouvant se transformer en juge impartial[252].

A la suite du rapport Léger, c'est un avant-projet qui est proposé. Sans surprise, ce nouveau texte fusionne les enquêtes de police et l'instruction pour proposer un cadre unique d'enquête : L'enquête judiciaire pénale[253] qui a pour objet de rechercher et de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en identifier les auteurs[254].

Dès lors, il convient de s'interroger sur les nouvelles règles qui pourraient régir la nouvelle enquête pénale (&I), puis d'examiner si la réforme projetée du Code de procédure pénale est conforme aux principes consacrés par la jurisprudence européenne (&II).

---

[249] Christine LAZERGES, « *Le rapport Léger : analyse des propositions* », *AJ pénal* 2009, p. 385 : Dès 1944, Henri Donnedieu de Vabres préside la section de procédure pénale de la commission de réforme judiciaire chargée, en s'inspirant en partie du projet du procureur général Matter de 1938, de préparer un nouveau code d'instruction criminelle. La commission, qui comprenait entre autres Maurice Patin et Maurice Garçon, se réunit à la fin de 1944 puis au début de 1945, elle suspendit ensuite ses travaux et les reprit en 1948. Le projet de réforme du code d'instruction criminelle de 1808 comportait 620 articles, il fut rendu public en 1949 mais jamais déposé au Parlement. Le code de procédure pénale de 1959, dix ans plus tard, ne reprend pas l'idée-force de la suppression du juge d'instruction qui était au coeur du rapport Donnedieu de Vabres, sorte d'exposé des motifs du projet de 1949.

[250] La mise en état des affaires pénales, Rapport, Commission justice pénale et droits de l'homme, juin 1990, Doc. fr., Paris, 1991, p. 81 et 82.

[251] Mireille DELMAS-MARTY, « *Le parquet, enjeu de la réforme pénale* », *Le Monde*, 26 mai 2009.

[252] Catherine GIUDICELLI , *« Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra* », *art. préc*., p. 69.

[253] Livre III de l'avant-projet.

[254] Art. 311-1, al. 1er de l'avant-projet.

&I. LA RÉORGANISATION DE LA PROCÉDURE PÉNALE AUTOUR D'UN CADRE UNIQUE D'ENQUETE

Une analyse majoritaire du Comité Léger a considéré que la procédure d'instruction n'est plus adaptée à notre temps en ce qu'elle n'améliore ni l'efficacité de l'enquête, ni la protection des droits fondamentaux des mis en cause et des victimes. La co-saisine ou la collégialité, pourtant entrée dans la loi après l'affaire dite d'Outreau[255] ne permet pas un vrai travail d'équipe, particulièrement nécessaire dans les affaires les plus complexes. Le parquet est en revanche « *l'institution judiciaire la mieux adaptée à un travail d'enquête en équipe pour les affaires complexes, et l'intervention d'un juge, quant à elle, ajoute peu au travail de la police judiciaire* »[256]. C'est qu'en effet, selon les partisans de cette opinion, « la souplesse et la réactivité », qui découlent des principes régissant l'organisation du ministère public, « amélioreraient l'efficacité de toutes les enquêtes et permettraient d'en réduire les délais »[257]. Ainsi, afin de simplifier la procédure pénale actuelle fonctionnant selon deux cadres d'intervention, le comité propose d'instituer un cadre unique d'enquête entre les seules mains du parquet.

La Chancellerie partage les opinions du comité de réflexion sur la justice pénale. Le projet, qui reprend les grandes lignes du rapport Léger, entérine la suppression du juge d'instruction. Son pouvoir d'enquête est transféré au parquet, qui traiterait 100% des affaires, contre 96% actuellement. Les dossiers les plus sensibles ne seront plus instruits par un magistrat indépendant.

La réforme vise donc à instaurer une véritable séparation entre l'autorité d'enquête et la fonction de contrôle de l'enquête. Dans ce nouveau schéma, l'enquête judiciaire pénale

[255] Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, devrait se mettre en place le 1er janvier 2010. La loi récente n° 2009-526 du 12 mai 2009 ayant toutefois repoussé cette date au 1er janvier 2011.
Après les travaux de la commission d'enquête parlementaire consécutive à l'affaire dite d'Outreau, le législateur a créé les pôles de l'instruction dont la mise en œuvre n'est pas encore effective. Ce rapport vient bouleverser cette nouvelle organisation de la procédure pénale, avant même qu'on ait pu en mesurer les effets.
[256] Rapport du Comité de réflexion de la justice pénale, 1er septembre 2009, p. 7.
[257] Haritini MATSOPOULOU, « *A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *art. préc.*, p. 4.

devient le cadre unique des investigations ; elle se substitue à la fois à l'instruction, à l'enquête préliminaire et à l'enquête de flagrance.

Il convient dès lors d'examiner, en premier lieu, la conduite de la nouvelle enquête judiciaire pénale (A), en second lieu, le contrôle de l'enquête (B) et enfin, les droits des parties à cette enquête (C).

A. LA CONDUITE DE L'ENQUETE

L'article 311-1 de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale dispose que l'enquête judiciaire pénale « est conduite par le procureur de la République. Il est procédé à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité par le procureur de la République lui-même ou, sous sa direction et ses instructions, par les officiers et agents de police judiciaire ». Le procureur deviendrait le seul directeur d'enquête dans le cadre d'une procédure unique sous son autorité. On confie donc à une partie au procès, « l'accusation », le soin de mener l'enquête.

Mais, s'il est affirmé que l'enquête judiciaire pénale est conduite par le procureur de la République, le déroulement de l'enquête semble bien plutôt confié aux officiers de police judiciaire, si l'on suit les articles 311-15 et suivants de l'avant-projet. Ces dispositions envisagent l'hypothèse selon laquelle les officiers de police judiciaire réalisent les actes d'enquête sous le contrôle du procureur de la République, que l'enquête soit menée sur ses instructions ou sur l'initiative des policiers. Ce contrôle s'exerce grâce à l'information qui lui est due, dans les plus brefs délais, sur les crimes, délits et contraventions commis[258], mais aussi sur le déroulement des enquêtes[259] ou encore sur l'identification d'un suspect[260]. En outre, lorsqu'il ne procède pas lui-même aux actes de l'enquête, le procureur de la République peut assister aux opérations effectuées par les enquêteurs, afin d'en diriger et d'en contrôler l'exécution[261].

[258] Art. 311-16 de l'avant-projet.
[259] Art. 311-17 de l'avant-projet : « *Ils lui adressent l'ensemble des procès-verbaux qu'ils ont réalisé, soit à intervalles réguliers au cours de l'enquête, soit au plus tard à l'issue de celle-ci* ».
[260] Art. 311-18 de l'avant-projet : « *Dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée, l'officier de police judiciaire qui mène une enquête concernant un crime ou un délit avise le procureur de la République* ».
[261] Art. 311-19, al. 1 de l'avant-projet.

Au titre de son pouvoir de contrôle des mesures d'enquête, le ministère public conserve le pouvoir de contrôler la mesure de garde à vue, qu'elle ait été décidée d'office par l'officier de police judiciaire ou sur son instruction[262]. Le procureur se verrait également confier, comme aujourd'hui, le pouvoir de prolonger une mesure de garde à vue[263]. C'est même devant lui que le gardé à vue est déféré lorsque, à l'issue de la mesure, il n'est pas remis en liberté[264]. L'article 311-10 de l'avant-projet lui permet également de contrôler la régularité de l'enquête qu'il est censé conduire, en saisissant la chambre de l'enquête et des libertés aux fins d'annulation.

Par ailleurs, les prérogatives du procureur de la République vont bien au-delà de la conduite de l'enquête, puisqu'il lui est également confié le pouvoir de décider de son issue. L'article 331-1 de l'avant-projet permet au procureur, à l'issue de l'enquête judiciaire pénale, de saisir la juridiction compétente, de mettre en œuvre d'une mesure alternative à la saisie de la juridiction de jugement ou de décider du classement judiciaire de l'affaire.

En conséquence, le magistrat du parquet constitue le pilier de la réforme. Il s'agit de lui confier tout le champ des investigations pénales. Sans doute, simplifier la procédure pour la rendre plus lisible aux justiciables est une bonne chose. Encore faut-il que ces justiciables puissent bénéficier de certaines garanties quant à cette procédure. L'avant-projet a oublié l'essentiel : il ne prévoit pas d'évolution du statut du ministère public qui serait à l'avenir chargé également des affaires les plus sensibles. A vrai dire, il n'est reconnu au magistrat du parquet aucune indépendance et son lien avec le pouvoir exécutif est maintenu au nom de la nécessité pour ce dernier de continuer à « *définir la politique pénale et la faire appliquer harmonieusement sur l'ensemble du territoire de la République* »[265]. L'idée de lui accorder son indépendance pour compenser la suppression du juge d'instruction est donc abandonnée. Selon la future réforme du Code de procédure pénale, l'équilibre du système proposé repose sur les nouvelles juridictions de l'enquête et des libertés, chargées de contrôler l'action du parquet.

[262] Art. 221-19 de l'avant-projet.
[263] Art. 311-19, al. 2 et art. 327-9 de l'avant-projet.
[264] Art. 327-10 de l'avant-projet.
[265] Rapport du Comité de réflexion de la justice pénale préc., p. 11.

B. LE CONTROLE DE L'ENQUETE

L'unification du cadre juridique de l'enquête passe par la suppression du juge d'instruction et la création de nouvelles juridictions : les juridictions du contrôle de l'enquête judiciaire pénale. Ces juridictions sont, d'après l'article 211-1 de l'avant projet, au premier degré, le juge de l'enquête et des libertés et le tribunal de l'enquête et des libertés et, au second degré, la chambre de l'enquête et des libertés et son président.

Si la chambre de l'enquête et des libertés[266] et son président[267] sont calqués sur le modèle de la chambre de l'instruction et son président, l'institution du juge de l'enquête et des libertés (1) et du tribunal de l'enquête et des libertés (2) mérite d'être davantage expliquée.

1. Le juge de l'enquête et des libertés

Il existe au moins un juge de l'enquête et des libertés dans chaque tribunal de grande instance[268]. Il aura rang de président, premier vice-président ou vice-président. Il est nommé dans les formes prévues pour la nomination des magistrats du siège[269]. Le statut de ce juge est donc calqué sur celui du juge d'instruction et non sur celui du juge des libertés et de la détention, ce qui est une bonne chose. Plus précisément, ce nouveau juge a un statut réel, une indépendance reconnue, ce qui le distingue incontestablement du juge des libertés et de la détention actuel.

Le juge de l'enquête et des libertés se voit doté de missions aussi bien pendant l'enquête qu'à l'issue de celle-ci. Pendant l'enquête et selon l'article 211-3 de l'avant-projet, il est chargé de garantir le déroulement contradictoire, équitable et impartial de la procédure et de contrôler que les investigations sont effectuées à charge et à décharge, en statuant sur les demandes formées par les parties qui n'ont pas été acceptées par le procureur de la République ou auxquelles celui-ci n'a pas répondu. Le texte donne donc au juge de l'enquête

[266] Art. 211-18 de l'avant-projet : « *la chambre de l'enquête et des libertés connaît des appels formés contre les ordonnances juridictionnelles du juge de l'enquête et des libertés et contre les ordonnances du tribunal de l'enquête et des libertés. Elle statue sur les requêtes en nullité déposées par les parties, le procureur de la République, le juge de l'enquête et des libertés ou du tribunal de l'enquête et des libertés* ».
[267] Art. 211-20 de l'avant-projet.
[268] Art. 211-2 de l'avant-projet.
[269] Art. 211-6 de l'avant-projet.

et des libertés un rôle de gardien de l'équité de l'enquête. De même, ce juge peut saisir la chambre des enquêtes et des libertés, s'il lui apparaît qu'un acte ou une pièce de la procédure est entachée de nullité. En outre, le juge de l'enquête et des libertés est le décideur des actes attentatoires aux libertés individuelles nécessaires à l'enquête judiciaire pénale. A ce titre, il est compétent pour statuer sur les mesures de contrôle judiciaire, d'assignation à résidence sous surveillance électronique et de détention provisoire. Il a également compétence pour autoriser les actes d'enquêtes les plus intrusifs que les officiers de police judiciaire ou le parquet ne peuvent mettre en œuvre d'office. Cette prérogative appartient actuellement au juge d'instruction quand une information est ouverte et au juge des libertés et de la détention lorsqu'une enquête est menée par le parquet pour des faits de trafic de stupéfiants ou de criminalité organisée. D'ailleurs, on voit mal comment le juge de l'enquête et des libertés, investi exclusivement de fonctions juridictionnelles, pourrait statuer sur une demande de placement sous écoutes téléphoniques ou de sonorisations. A notre avis, le pouvoir accordé à ce magistrat n'a d'autre finalité que la recherche des preuves et relève dès lors du domaine des actes d'enquête. De plus, il paraît illogique de critiquer le cumul par le juge d'instruction de pouvoirs juridictionnels et d'enquête tout en attribuant au juge de l'enquête et des libertés ce même cumul de pouvoirs.

Le juge de l'enquête et des libertés est également chargé de statuer sur l'issue de l'enquête judiciaire pénale à la demande d'une partie si celle-ci conteste la décision rendue par le procureur de la République[270]. Mais, tout comme le juge d'instruction aujourd'hui, il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires dont il a connu au cours de l'enquête judiciaire pénale[271]. Il existe cependant une exception regrettable. L'incompatibilité évoquée ci-dessus n'est pas applicable lorsque le juge n'est intervenu que pour autoriser une perquisition, une prolongation d'une garde à vue au-delà de quarante-huit heures, une interception de correspondance émise par la voie des télécommunications ou une sonorisation ou fixation d'images de certains lieux ou véhicules.

Cette exception est très regrettable car le juge aura été convaincu par le parquet sans avis de la défense et aura pu surveiller la mise en œuvre avec la police d'un certain nombre de mesures

[270] Art. 211-4 de l'avant-projet.
[271] Art. 211-12 de l'avant-projet.

attentatoires aux libertés individuelles[272]. Il est donc difficile dans ces conditions de le considérer toujours comme impartial.

2. Le tribunal de l'enquête et des libertés

Le tribunal de l'enquête et des libertés qui est une formation collégiale de trois magistrats[273] ne peut être saisi que par le juge de l'enquête et des libertés[274]. Selon l'article 211-15 de l'avant-projet, il est chargé, au cours ou à l'issue de l'enquête judiciaire pénale, de statuer sur les demandes de prolongation de la détention provisoire, mais aussi de statuer, sur renvoi du juge de l'enquête et des libertés qui l'estime nécessaire en raison de la complexité ou la gravité du dossier, sur la demande d'une partie, et enfin de saisir la chambre des enquêtes et des libertés s'il lui apparaît qu'un acte ou une pièce de la procédure est entachée de nullité.

On ne peut qu'approuver le recours obligatoire à une formation collégiale pour la prolongation de la détention provisoire ou la possibilité de ce recours offerte au juge de l'enquête et des libertés saisi de la demande d'une partie lorsque l'affaire est grave ou complexe et s'étonner que le contentieux de la nullité soit réserver à la chambre de l'enquête et des libertés et donc privé d'un double degré de juridiction[275]. L'incompatibilité prévue pour le juge de l'enquête et des libertés est également prévue pour les magistrats composant le tribunal de l'enquête et des libertés, et ceci sans exception.

C. LES DROITS DES PARTIES A L'ENQUETE

La suppression de la phase d'instruction ne devrait pas entraîner un recul des droits existants des parties au cours de la phase préparatoire. Il est donc proposé une procédure dans laquelle le mis en cause ou la victime pourrait bénéficier de l'intégralité des droits reconnus actuellement à la personne mise en examen et à la partie civile. La réforme prévoit que tous

[272] Philippe VOULAND, « *Quels changements pour la pratique* », *AJ pénal*, 2010, p. 171.
[273] Art. 211-13 de l'avant-projet.
[274] Art. 342-1 de l'avant-projet**.**
[275] Valérie MALABAT, « *L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : Refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale* ? », *AJ pénal* 2010, p. 165.

les acteurs de la procédure pénale bénéficieront de droits étendus liés à leur qualité de partie à la procédure.

Pour le mis en cause, deux régimes de droits distincts étaient envisagés par la commission Léger. Le premier dit « simple » qui équivaut au système actuel de l'enquête préliminaire et de flagrance déjà sous l'autorité du parquet. Le second, un régime « renforcé » qui correspond aux dossiers actuellement suivis par les juges d'instruction. Ce régime doit recevoir application en matière criminelle ou lorsque l'intéressé fait l'objet d'une mesure restrictive de liberté, telle que la détention provisoire ou le contrôle judiciaire ou encore s'il ressort de la procédure des indices graves ou concordants de la participation aux faits de l'intéressé. L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale a repris les grandes lignes du rapport Léger. L'article 312-2 prévoit que les personnes mises en cause au cours de l'enquête judiciaire pénale peuvent être parties pénales[276] ou parties assistées[277]. Les qualités de partie pénale ou de partie assistée sont attribuées soit sur décision du procureur de la République, soit sur décision du juge de l'enquête et des libertés.

Peut être partie pénale la personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant plausible sa participation comme auteur ou complice à la commission d'une infraction[278]. La qualité de partie pénale est attribuée après une audition préalable comme suspect[279]. Toutefois, lorsque le procureur de la République envisage de saisir le juge de l'enquête et des libertés d'une demande de mise sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou en détention provisoire contre cette personne, la qualité de partie pénale doit lui être attribuée d'office au cours de l'enquête par le procureur[280]. Il en est de même lorsqu'il existe contre la personne des indices graves ou concordants rendant plausibles sa participation comme auteur ou complice à la commission d'un crime[281].

[276] L'équivalent de l'actuelle « mise en examen ».
[277] L'équivalent de l'actuelle « témoin assisté ».
[278] Art. 312-4 de l'avant-projet.
[279] Art. 312-5 de l'avant-projet : « *La qualité de partie pénale est attribuée à une personne après une audition au cours de laquelle elle a été informée de l'infraction dont elle est soupçonnée, qu'elle ait ou non été placée en garde à vue* ».
[280] Art. 312-6 de l'avant-projet.
[281] Art. 312-7 de l'avant-projet.

La qualité de partie pénale est attribuée à l'occasion d'un interrogatoire de notification de charges. Cet interrogatoire est réalisé par le procureur assisté d'un greffier[282] ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction écrite du procureur[283]. L'officier de police judiciaire ne peut cependant pas procéder ainsi lorsque l'enquête porte sur un crime ou un délit puni de dix ans ou lorsque le juge de l'enquête et des libertés va être saisi aux fins de placement sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence sous surveillance électronique ou en détention provisoire. Une personne peut contester la décision du procureur de la République lui attribuant la qualité de partie pénale. Cette contestation doit intervenir dans un délai maximum d'un mois à compter de la date à laquelle cette qualité à été notifiée[284]. Dans ce cas, le juge de l'enquête et des libertés statue par ordonnance motivée après un débat contradictoire d'examen de charges[285].

Lorsqu'il existe contre le mis en cause un ou plusieurs indices rendant plausible sa participation comme auteur ou complice à la commission d'une infraction[286], la qualité de partie assistée peut lui être attribuée, après une audition préalable comme suspect[287]. A l'opposé de la partie pénale, la partie assistée ne peut faire l'objet d'une mise sous contrôle judiciaire, d'une assignation à résidence avec surveillance électronique ou d'un placement en détention provisoire. Elle ne peut faire l'objet que des mesures de contrainte applicables aux témoins. Elle ne peut être renvoyée devant la juridiction de jugement à l'issue de l'enquête[288].

La victime, elle, peut se constituer partie civile en citant directement l'auteur des faits devant la juridiction compétente ou dans le cadre de l'enquête judiciaire pénale[289]. Dans ce dernier cas, l'alinéa 1 de l'article 312-28 de l'avant-projet prévoit que toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit et qui est titulaire de l'action civile peut demander au procureur de la République de se constituer partie civile afin que soit diligentée une enquête et de bénéficier des droits attachés à cette qualité. Il ne s'agit donc que d'une demande adressée au ministère public, qui permet de bénéficier des droits attachés à la qualité de partie, à condition bien évidemment que la demande de constitution soit acceptée par le magistrat du

[282] Art. 312-9 de l'avant-projet.
[283] Art. 312-10 de l'avant-projet.
[284] Art. 312-26 de l'avant-projet.
[285] Art. 312-24 de l'avant-projet.
[286] Art. 312-16 de l'avant-projet.
[287] Art. 312-17 de l'avant-projet.
[288] Art. 312-3 de l'avant-projet.
[289] Art. 311-16 de l'avant-projet.

parquet[290] ou que son refus[291] ait été contesté devant le juge de l'enquête et des libertés accordant alors la qualité de partie civile[292]. Ainsi, dans ce nouveau système, les victimes ne pourront plus obtenir d'office une enquête comme elles peuvent le faire avec le juge d'instruction, par la plainte avec constitution de partie civile. Il est clair que l'un des objectifs de cette réforme est de mettre définitivement fin à la constitution de partie civile, si gênante dans certaines affaires sensibles, et à terme, d'évincer la victime du procès pénal, comme cela se passe dans les systèmes anglo-saxons. Or, il s'agit en droit français d'un droit fondamental conforté par les termes du second paragraphe de l'article préliminaire du Code de procédure pénale et malgré ce déjà égratigné par la loi du 5 mars 2007[293].

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas priver les victimes du moyen qu'elles ont de mettre en mouvement l'action publique. Aussi bien, un tel droit ne devrait pas être soumis à une réponse préalable du magistrat du parquet. Les victimes devraient pouvoir s'adresser directement au juge de l'enquête et des libertés pour demander l'ouverture d'une enquête.

En outre, pour lever toute suspicion sur le risque d'étouffement de certaines affaires, la chancellerie créée une « partie citoyenne », qui peut intervenir dans les dossiers sans être victime directe d'une infraction[294]. D'après l'article 122-46, toute personne peut se voir reconnaître la qualité de partie citoyenne afin d'exercer les droits de la partie civile au cours d'une enquête judiciaire pénale. Cette qualité peut être attribuée à toute personne physique ou morale qui a dénoncé au procureur de la République par lettre recommandée avec accusé de réception un crime ou un délit lorsque sont réunies certaines conditions. En premier lieu, la personne doit avoir un intérêt légitime à agir. Ensuite, les faits doivent être susceptibles de constituer un crime ou délit ayant causé un préjudice à la collectivité publique. Ce sera bien évidemment le cas si une collectivité locale, l'Etat ou encore un établissement public subit un préjudice direct en lien avec les faits[295]. Enfin, les faits doivent être dénoncés au procureur de la République ; c'est en substitution d'une action du parquet, qui n'aurait pas donné d'acte

[290] Art. 312-29 de l'avant-projet.
[291] Art. 312-31 à 312-34 de l'avant-projet.
[292] Art. 312-36 et 312-40 de l'avant-projet.
[293] Christine LAZERGES, « *Le rapport Léger : analyse des propositions* », *art. préc*., p. 389.
[294] Art. 122-46 de l'avant-projet.
[295] Interview de Michèle Alliot-Marie, « *Pour une refondation de la procédure pénale* », *AJ pénal*, 2010, pp. 160-161. Il est possible d'envisager d'autres hypothèses, par exemple si le préjudice subi par une personne morale de droit privé entraîne des pertes financières conduisant à des licenciements.

d'enquête pendant six mois ou qui aurait classé la procédure, que la partie citoyenne est autorisée à agir.
Ce statut est accordé par la chambre de l'enquête et des libertés. La partie citoyenne a les mêmes droits que la partie civile, mais ne pourra pas se voir attribuer des dommages et intérêts. Elle s'expose également à une amende civile en cas d'action abusive, dilatoire ou malveillante.

Pour la ministre de la justice, ce mécanisme *« vient ainsi compléter les dispositions confiant à la chambre de l'enquête et des libertés la possibilité d'évoquer une procédure d'enquête afin de garantir un exercice impartial de l'enquête dans les cas où l'action du parquet, placé statutairement sous l'autorité du ministre de la justice, serait entachée de suspicions »*[296].

Sans doute, cette réforme encourage le « tout pénal », mais elle ne pourra compenser le rôle joué par un magistrat enquêteur indépendant, tel le juge d'instruction, lorsqu'il sera nécessaire de faire obstacle aux dérives politico-financières. Elle ne compensera non plus la dépendance du parquet et ne peut en être le contrepoids ; elle ne paraît donc pas forcément judicieuse[297].
Selon le Syndicat des Avocats Libres, il ne s'agit que d'une posture législative, afin de prétendre vouloir éviter l'étouffement de dossiers gênants pour le pouvoir, ce qui est un leurre, puisque la sanction d'une déclaration citoyenne jugée abusive est une amende de 100.000 €, ce qui est plus que dissuasif : cette mesure demeurera donc ineffective[298].

L'objectif du gouvernement est donc clair : il s'agit de supprimer le juge d'instruction et de confier l'enquête pénale au parquet. Ce transfert de l'enquête fait du parquet le pilier de la réforme. A première vue, le projet tel qu'il se dessine peut révéler une certaine cohérence et convaincre une opinion publique secouée par l'affaire d'Outreau. Pour autant, il faut aller plus loin et analyser la réforme projetée à la lumière des principes consacrés par la jurisprudence européenne.

---

[296] Ibid.
[297] Philippe VOULAND, « *Quels changements pour la pratique* ? », *art. préc*., p. 170.
[298] Syndicat des Avocats Libres, *Note du 15 avril 2010 remise à la chancellerie sur l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale*, p. 8.

&II. SUR LA CONFORMITÉ DE LA FUTURE RÉFORME AUX GRANDS PRINCIPES EUROPÉENS

La principale conséquence de la suppression du juge d'instruction serait le transfert de toutes les initiatives et des fonctions d'investigation au parquet, même dans les affaires les plus sensibles. Mais, ce choix serait lourd de conséquences. En effet, aucune réflexion sérieuse n'a été menée sur la question de son indépendance et resterait au contraire, maintenu son statut actuel de soumission à l'exécutif, par le biais de la hiérarchie, sous l'autorité du Garde des Sceaux.

La situation actuelle du parquet, soumis à une pression hiérarchique de plus en plus forte, permet-elle de lui confier la charge de l'enquête pénale?

En réalité, c'est de l'équilibre général de l'institution judiciaire dont il est question et plus précisément de l'indépendance de la justice et de l'égalité des citoyens. En l'état actuel de leur statut et puisque la réforme ne semble pas non plus changer cela, les magistrats du parquet ne sont pas en situation de conduire une procédure d'enquête garantissant les libertés individuelles. La loi Perben II a, en 2004, renforcé considérablement l'emprise de la Chancellerie sur le parquet, et l'article 30 du Code de procédure pénale dispose que le garde des Sceaux est le « chef du parquet », et qu'il peut délivrer des instructions générales et particulières. Or, ce texte est entièrement repris dans le projet de nouveau Code, dans sa formulation provocatrice de 2004. La chancellerie croit contrecarrer les objections, en assurant que les procureurs devront désormais désobéir aux ordres illégaux. En d'autres termes, elle considère que si les magistrats du parquet sont directement dépendants du pouvoir politique et doivent répondre aux instructions tant individuelles que collectives qu'ils reçoivent du ministre de la justice, ils auront un devoir de désobéissance. Elle justifie donc l'absence d'indépendance du parquet par l'introduction dans la loi d'un devoir de désobéissance par les procureurs.

L'article 221-3 du projet énonce ainsi : « *Les magistrats du parquet ne doivent pas exécuter des instructions individuelles émanant du ministre de la Justice qui seraient contraires à l'exigence de recherche de la manifestation de la vérité et de conduite des*

investigations à charge et à décharge »[299]. Si l'on se risque à traduire, cette « innovation » renferme d'abord l'aveu de l'existence des instructions individuelles opposées au principe d'égalité. Elle fait ensuite obligation au procureur d'obéir à toutes les instructions individuelles, de quelque nature qu'elles soient, à condition qu'elles soient étrangères à la conduite de l'enquête. Ainsi, pour l'engagement de l'enquête, comme pour la décision à prendre à son issue - classement sans suite ou alternative à la poursuite- le procureur devra obéir aux instructions, de préférence verbales, qui lui seront transmises.

Est-il tout à fait sérieux de penser que ces trois lignes perdues dans 225 pages de projet de réforme vont permettre aux procureurs de désobéir, bravant ainsi la démonstration sans cesse renouvelée de la soumission de l'âme humaine à la moindre autorité ? Si les hommes obéissent à un ordre non légitime émanant d'une autorité relative, que font-ils d'un ordre légitimé par une hiérarchie institutionnelle qui non seulement représente le peuple mais qui, de surcroît, dispose de pouvoir disciplinaire à leur encontre ? Les procureurs se trouvent donc dans une situation qui ne leur permet pas d'accéder à une réflexion libre et indépendante. Quelles sont dès lors les chances de succès d'un système reposant intégralement sur leur capacité de désobéissance ? A notre avis, cet ajout est aberrant et tout à fait inutile.

En 1990, Mireille DELMAS–MARTY avait proposé la suppression du juge d'instruction, mais en contrepartie elle soulignait que l'attribution de tous les pouvoirs d'enquête au ministère public devait être subordonnée à la réforme du statut des magistrats du parquet garantissant leur indépendance. Il est comique d'observer que la chancellerie et le gouvernement prennent la direction opposée. La question de l'indépendance du parquet est pourtant cruciale dès lors qu'il est envisagé de supprimer le juge d'instruction, objectif premier et point nodal de cet avant-projet. Prolongeant le déni qui hantait le rapport Léger, la chancellerie a ainsi décidé de faire l'impasse sur la question que tout le monde se pose et qui a été déjà posée avec acuité par la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans son arrêt MEDVEDYEV c/ France. On rappellera brièvement le contexte de l'affaire. Les requérants sont les membres de l'équipage d'un cargo immatriculé au Cambodge, le Winner, soupçonné par l'Office central de répression du trafic illicite de stupéfiants de transporter une

[299] V. aussi art. 221-7 : « *le ministre de la justice ne peut donner d'instruction individuelle tendant au classement sans suite d'une procédure, ni d'instruction individuelle contraire à l'exigence de recherche de la manifestation de la vérité et de conduite des investigations à charge et à décharge* ».

importante quantité de drogue. Ce bateau a été arraisonné et dérouté par un navire de guerre français, le 13 juin 2002, au large des îles du Cap-Vert. Les membres de l'équipage ont été consignés dans les cabines du cargo et maintenus sous la garde des militaires français pendant treize jours avant d'être placés en garde à vue, puis mis en examen par un juge d'instruction, à leur arrivée à Brest.

La Cour européenne s'était prononcée une première fois sur cette affaire par un arrêt du 10 juillet 2008[300], qui avait provoqué un débat enflammé dans le corps judiciaire sur le statut du parquet. En effet, elle avait jugé que le procureur de la République ne peut, en France, être qualifié d' « autorité judiciaire », au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion. La Cour en avait déduit que les requérants n'avaient pas été privés de leur liberté *« selon les voies légales »* au sens de l'article 5, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En particulier, elle avait jugé qu'il manquait au procureur de la République l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, ce qui lui interdisait d'être qualifié d'autorité judiciaire[301]. La Cour de cassation adopte une position différente[302], de même que le Conseil constitutionnel[303].

La jurisprudence européenne ne faisait que refléter pour le cas français, la conception que la Cour se fait depuis toujours de l'autorité judiciaire : n'en relèvent que les magistrats indépendants, qui ne sont pas soumis dans l'exercice de leur fonction à une influence extérieure, notamment celle du pouvoir exécutif. Nul besoin de préciser l'importance de cet arrêt au regard du projet de réforme de la procédure pénale.

Le Gouvernement français avait demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre de la Cour, estimant que les marins avaient été directement présentés à un juge d'instruction, qui est une autorité judiciaire apte à contrôler de la légalité d'une mesure de garde à vue. Il avait pris soin de préciser dans le considérant § 114 de la décision que, « s'agissant des caractéristiques et pouvoirs du magistrat, si la Cour a jugé qu'un procureur ou

[300] CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c. / France*, requête n° 3394/03, *R.S.C.*, 2009.176, obs. J.-P. MARGUENAUD, *D.*, 2009, p. 600, note J.-F. RENUCCI.

[301] La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà souligné, à propos de la Roumanie, que les procureurs, agissant en qualité de magistrats subordonnés d'abord au procureur général, puis au ministre de la justice, « ne remplissaient pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif ».

[302] Crim., 10 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 105 : « *Qu'en effet, d'une part, l'article précité de ladite Convention prévoit que toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt conduite, sinon devant un juge, en tout cas devant un autre magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires ; que tel est le cas du procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire qui a pour mission de veiller à l'application de la loi* ».

[303] Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 ; Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

un autre magistrat ayant la qualité de partie poursuivante ne pouvait être considéré comme un « juge » au sens de l'article 5, § 3 …, une telle hypothèse ne correspond aucunement au juge d'instruction. Ce dernier est un juge du siège, totalement indépendant, qui a pour mission d'instruire à charge et à décharge sans pouvoir, ni exercer des actes de poursuite, ni participer au jugement des affaires pénales qu'il a instruites ». On est surpris de constater que, devant la Cour, le Gouvernement admet clairement que le juge d'instruction est conforme au droit européen, alors que dans l'avant-projet du futur Code de procédure pénale, il exige sa suppression.

Par un arrêt rendu le 29 mars 2010, la Grande chambre a conclu à la violation de l'article 5, §1 de la Convention, mais non à celle du § 3 du même texte[304]. Elle a souligné nettement que « les juges d'instruction « sont assurément susceptibles d'être qualifiés de « *juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » au sens de l'article 5, § 3 de la Convention ». A la vérité, elle ne fait que rappeler une exigence déjà formulée par le passé et dont aucune conséquence n'avait été tirée quant au statut du parquet français.

Il est clair que la Grande chambre n'avait pas repris le problème de la dépendance du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif dans sa nouvelle décision, ce qui a autorisé à la Chancellerie à s'en féliciter bruyamment: *« la Cour, à aucun moment, ne remet en cause le statut du Parquet en France et cela met fin aux interprétations que certains ont voulu donner après le premier arrêt de la Cour, le 10 juillet 2008 »*. Pourtant, on ne peut pas partager cette analyse car en réalité, c'est un avertissement indirect qui a été adressé au gouvernement français. En effet, si la Grande chambre n'avait pas pris une position claire sur la question de l'indépendance du parquet, elle a en revanche fourni certaines précisions sur les qualités requises d'une autorité judiciaire compétente pour statuer sur certains actes compromettant la liberté individuelle. Une lecture attentive du considérant § 124 de l'arrêt permet de penser que la Cour européenne envoient un signal très clair à la France en soulignant que le magistrat qui se prononce, en vertu de l'article 5, § 3 de la Convention, sur un acte privatif de liberté, doit

[304] CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c/ France*, requête n° 3394/03. Celle-ci a condamné la France pour détention arbitraire. Le Cambodge, en effet, n'est pas signataire de la convention de Montengo Bay qui régit le droit international de la mer et la privation de liberté des matelots s'était faite sans accord entre les deux pays. En revanche, s'agissant du contrôle de la détention, la Cour refuse cette fois-ci de condamner la France pour les treize jours écoulés avant que les hommes n'aient été présentés à un juge. Ce délai se justifiait par des *« circonstances tout à fait exceptionnelles »*, estime la Cour.

présenter *« les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public ».*

S'inscrivant dans cette même logique, une résolution de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a affirmé le 30 septembre 2009, que « *les procureurs doivent pouvoir exercer leurs fonctions indépendamment de toute ingérence politique* ». Peu de temps après, le 20 novembre 2009, la conférence des juges et celle des procureurs des 47 pays du Conseil de l'Europe ont rendu public, à Ljubljana, en Slovénie, un avis commun recommandant l'indépendance des procureurs : « *les procureurs doivent être indépendants et autonomes dans leurs prises de décision et doivent exercer leurs fonctions de manière équitable, objective et impartiale* »[305]. Mais, attachée à son projet, Mme Alliot-Marie a expliqué « qu'il n'était pas question d'avoir un parquet en dehors de tout lien hiérarchique avec la Chancellerie », « qu'il y avait cohérence entre le mode de nomination des procureurs et le fait qu'ils peuvent recevoir des instructions générales et des instructions dans des dossiers particuliers » et qu'une réforme du statut du ministère public n'était en aucun cas envisagée.

Il s'agit donc, selon le schéma en l'état proposé, d'une enquête menée par le parquet obéissant au pouvoir exécutif, ce qui dès lors conduit à la concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif. Cette réforme proposée n'est pas conforme au principe de la séparation des pouvoirs prôné notamment par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui est intégrée à notre Constitution via le préambule : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». L'enjeu, c'est la place et le rôle accordés au troisième pouvoir, celui exercé par l'autorité judiciaire, pouvoir qui ne doit pas être dépendant du pouvoir exécutif. Comme l'indiquait déjà le Syndicat de la Magistrature lors de son audition par la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau, en mars 2006 : « *Transférer les prérogatives du juge d'instruction à un parquet dépendant, ce serait donner au ministre de la Justice la*

[305] Dans cette déclaration, intitulée « *Juges et procureurs dans une société démocratique* », sont précisées les modalités de cette indépendance :

1. Le statut des procureurs doit être garanti par la loi, au plus haut niveau, comme les juges ;
2. Les procureurs ne doivent pas être soumis dans l'exercice de leurs fonctions à des influences ou à des pressions de toute origine extérieure au ministère public ;
3. Leur recrutement, leur carrière, leur sécurité de fonction, leur déplacement de fonction, leur rémunération doivent être protégés par la loi.

possibilité de neutraliser définitivement les investigations sur les dossiers gênants. L'emprise déjà importante de l'exécutif sur le judiciaire serait ainsi consacrée au détriment de la séparation des pouvoirs et du procès équitable ».

Mais, comment peut-on confier à un procureur la responsabilité de l'enquête s'il n'est pas reconnu comme autorité judiciaire ? En quoi le transfert au parquet, dont l'évolution du statut n'est pas envisagée, des fonctions d'investigation actuelles du juge d'instruction, alors transformé en juge de l'enquête et des libertés mettrait-il notre système pénal à l'abri des erreurs judiciaires ? Les exemples d'erreurs judiciaires en Allemagne, au Canada, en Grande-Bretagne, ayant des systèmes accusatoires ou mixtes, montrent combien il n'en est rien[306].

A notre avis, la chancellerie devrait regarder la réalité en face. Il conviendrait de présenter une réforme constitutionnelle alignant le statut des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège et interdire les instructions de la chancellerie dans les affaires individuelles[307]. Ce préalable est indispensable à toute réforme en profondeur de la procédure pénale française si l'on veut que celle-ci offre les garanties exigées par la Cour de Strasbourg. Plus largement, si l'on veut mettre en œuvre cette réforme, il est indispensable que la carrière des magistrats du parquet ne soit plus entre les mains du pouvoir exécutif et qu'ils ne puissent être nommés que sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Très nombreux sont les praticiens et les universitaires qui se rangent sur ce point. Le Conseil National des Barreaux a voté lors de son Assemblée Générale des 12 et 13 mars 2010, une résolution à la quasi unanimité, par laquelle il est notamment rappelé que la suppression du juge d'instruction ne pouvait se concevoir qu'à la condition de s'inscrire dans une réforme d'ensemble de la justice permettant au procureur de la République de bénéficier d'une réelle indépendance fonctionnelle[308].

---

[306] Catherine GIUDICELLI, « *Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra* », *art. préc*., p. 70.

[307] La question de sa dépendance à la chancellerie n'est pas nouvelle, et a déjà été soulevée moult fois. Le rapport Delmas-Marty l'avait déjà souligné ; la commission présidée par P. Truche, mise en place sous l'impulsion du Président Chirac en janvier 1997, préconisait d'ailleurs, pour y remédier, une réforme du Conseil supérieur de la magistrature, et la disparition des instructions individuelles dans les dossiers. Elle propose le maintien de la possibilité, pour le garde des Sceaux, de donner des instructions générales de politiqu pénale au parquet, assorti d'une transparence accrue de cette politique d'action publique, qui ferait l'objet d'un débat annuel au Parlement. En ce sens, V. Nicolas BONNAL, « *Juge d'instruction* », *in Rép. pén*., Dalloz, avril 2003, p. 7.

[308] Syndicat des Avocats Libres, *Note du 15 avril 2010 préc.*, p. 1.

D'ailleurs, il est à noter que le projet de loi constitutionnelle, adopté par le Parlement en 1999, avait prévu une procédure de nomination des magistrats du parquet sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature[309], mais il n'a jamais été soumis au Congrès, et le pouvoir disciplinaire continue à être exercé par le ministre de la justice. Certes, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit que la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour le parquet sera désormais consultée sur toutes les propositions de nomination, y compris celles des procureurs généraux, mais elle se contente d'un avis simple. Or, dans la majorité des cas, l'avis négatif du Conseil supérieur de la magistrature n'est pas respecté[310].

Si l'indépendance statuaire des magistrats du parquet est indispensable à l'exercice des fonctions judiciaires, ce critère n'est pas pour autant suffisant. Il doit être complété par d'autres critères fonctionnels, parmi lesquels figure celui de l'impartialité[311]. Ainsi, la Cour européenne a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de contester l'impartialité des magistrats du parquet qui, s'étant prononcés en amant sur une mesure privative de liberté, étaient, par la suite, susceptibles d'engager des poursuites à l'encontre de la même personne[312]. Pour les sages de Strasbourg, dès lors qu'il y avait une simple possibilité pour le parquet d'exercer les poursuites à l'encontre de la personne conduite devant lui, à la suite d'une arrestation, « son impartialité peut paraître sujette à caution »[313].

Le message européen est alors clair : un membre du parquet, même indépendant statutairement du pouvoir exécutif, ne devrait pas, au nom du principe d'impartialité, être chargé à la fois de contrôler certaines actes compromettant la liberté d'autrui, et d'intervenir ultérieurement dans la même procédure en tant qu'organe de poursuite. Ainsi, contrairement à

[309] Ce projet, issu des travaux de la Commission Truche, prévoyait qu'un tel avis « *est seule de nature à écarter le soupçon d'intervention de l'exécutif dans les affaires particulières* ».
[310] Mireille DELMAS-MARTY, « *Le parquet, enjeu de la réforme pénale* », *Le Monde*, 26 mai 2009 : « ainsi en 2006, sur 10 avis défavorables, 9 n'ont pas été suivis ; en 2007, sur 14 avis défavorables, 9 n'ont pas été suivis ».
[311] Haritini MATSOPOULOU, « *Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet* », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 19.
[312] CEDH, 4 décembre 1979, *Schiesser c/ Suisse*, requête n° 7710/76 ; CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c/ France*, op. cit.
[313] CEDH, 23 octobre 1990, *Huber c/ Suisse*, requête n° 26637/95 ; CEDH, 26 novembre 1992, *Brincat c/ Italie*, requête n° 27540/95 ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea c/ Roumanie*, requête n° 33343/96.

la jurisprudence nationale[314], les juges européens condamnent fermement ce cumul des pouvoirs de nature à discréditer l'impartialité de l'autorité de poursuite[315].

Or, si l'on suit les dispositions de l'avant-projet, le parquet se voit conserver la possibilité de prolonger et de contrôler une privation de liberté avant jugement dans le cadre d'une garde à vue[316]. Néanmoins, il faut bien reconnaître que non seulement le parquet français ne présente pas de garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif, mais encore son rôle est précisément de conduire l'accusation contre la personne suspectée et, à ce titre, il ne peut qu'être exclu du contrôle de la garde à vue. En d'autres termes, le procureur se voit investi du pouvoir de statuer sur le sort de l'action pénale et il n'est donc pas admissible de lui attribuer la possibilité de décider d'une mesure privative de liberté. A notre avis, les promoteurs de la réforme auront sans aucun doute à revoir leur copie en ce qui concerne le contrôle et la prolongation des mesures de garde à vue : un transfert de cette compétence au juge de l'enquête et des libertés, magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires, permettrait certainement de pérenniser la conformité de cette procédure avec la jurisprudence européenne[317]. C'est donc à un juge - et tout naturellement au juge de l'enquête et des libertés - que ce rôle devra être confié[318].

De même, dans la réforme projetée du Code de procédure pénale, le magistrat du parquet se voit confier non seulement les pouvoirs d'enquête du juge d'instruction, mais aussi des pouvoirs juridictionnels. L'avant-projet tend à lui donner la possibilité d'attribuer la qualité de partie pénale à une personne à l'encontre de laquelle il existerait des indices graves ou concordants de participation aux faits délictueux. Le texte lui confie également le pouvoir d'attribuer à une personne les statuts de partie civile ou de partie assistée. Il est permis de constater ici un véritable recul des droits de la défense, ce d'autant plus que la décision

[314] Crim., 28 janvier 1992, *Bull. crim*., n° 32 ; 10 mars 1992, *Bull. crim*., n° 105, l'article 5 de la CEDH n'interdit pas au magistrat du parquet d'ordonner, dans les limites que la loi autorise, la prolongation du maintien de la personne entendue à la disposition des enquêteurs.
[315] Haritini MATSOPOULOU, « *Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet* », *art. préc*., p. 19.
[316] Art. 221-19 et 311-19 de l'avant-projet.
[317] En ce sens, Haritini MATSOPOULOU, « *Les garanties d'une enquête indépendante* », conférence prononcée, le 25 mars 2010, dans le cadre du colloque organisé par le Conseil National des Barreaux sur « La réforme de la procédure pénale ».
[318] Celui-ci devra être prévenu de toutes les enquêtes et de tous les placements en garde à vue. Il devra pouvoir être saisi en urgence par le conseil du suspect, ne serait-ce que pour apprécier l'utilité et l'opportunité du placement en garde à vue, la qualification des faits objet de l'enquête, ainsi que l'éventuelle prolongation de la mesure.

d'attribution à une personne de la qualité de partie à une procédure serait prise par le procureur, dont l'indépendance a été sérieusement contestée par la Cour européenne des droits de l'homme[319]. De plus, comment peut-on confier des pouvoirs d'enquête et des pouvoirs juridictionnels à un magistrat qui n'est pas indépendant du pouvoir politique, alors que l'on a fustigé cette concertation des pouvoirs entre les mains d'un juge dont l'indépendance était statutairement garantie ? Pourquoi le cumul des fonctions serait-il inquiétant concernant le juge d'instruction et ne le serait plus s'agissant du parquet ? A notre avis, l'avant-projet du Code de procédure pénale fait preuve d'incohérence quand il prévoit que les qualités de partie devraient être décidées par le procureur de la République. C'est qu'en effet, cet acte, qui permet de faire d'un tiers une partie à la procédure, est qualifié de juridictionnel et devrait, par conséquent, relever de la compétence exclusive du juge de l'enquête et des libertés[320].

Par ailleurs, selon la réforme projetée du Code de procédure pénale, la nouvelle enquête judiciaire pénale serait menée par le parquet ou, sous son autorité, par la police judiciaire *« à charge et à décharge »*[321]. Néanmoins, il faut bien reconnaître que l'attribution d'un tel pouvoir est totalement incompatible avec les autres fonctions dont se trouve investi le magistrat du parquet. En effet, celui-ci ne fait que représenter, au sein du procès pénal, la société dont l'intérêt se trouve lésée par la commission de l'infraction ; ainsi, on l'imagine mal aller chercher la preuve de l'innocence d'un prévenu qu'il a lui même poursuivi[322]. N'est-il pas dans la mission fondamentale du parquet de poursuivre les auteurs des infractions, afin de satisfaire l'opinion publique, et non pas de prouver leur innocence, dont il est rappelé que celle-ci est toujours présumée[323] ? La solution envisagée est, sans aucun doute, incompatible avec le rôle qui est imparti au ministère public qui devrait demeurer « l'autorité naturelle de poursuite » et « l'accusateur public à l'audience »[324].

Au demeurant, après avoir décidé de la réponse pénale, le parquet « assiste aux débats des juridictions de jugement » où il représente la société. Il est une partie nécessaire du procès pénal au cours duquel il va « défendre » sa position et demander, sauf exception, une

[319] Haritini MATSOPOULOU, « *Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet* », *art. préc.*, p. 21.
[320] Haritini MATSOPOULOU, « *La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction* », *art. préc.*, p. 198.
[321] Art. 111-3 de l'avant-projet.
[322] Haritini MATSOPOULOU, *« A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *art. préc.*, p. 5.
[323] Haritini MATSOPOULOU, « *Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet* », *art. préc.*, p. 15.
[324] Ibid.

condamnation. Il ne peut donc être considéré comme neutre. À l'inverse, le juge d'instruction, ou le juge des libertés et de la détention, ne peuvent appartenir à la composition du tribunal, ils ne participent donc pas au procès pénal. Ils apparaissent également plus neutre que le parquet et, de fait, il semblerait qu'il soit mieux à même de protéger un des principes fondamentaux inscrit à l'article 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen : la présomption d'innocence[325].

Certes, l'avant-projet suggère qu'un nouveau juge, dénommé juge de l'enquête et des libertés, fasse contrepoids à la concentration des pouvoirs d'enquête entre les mains du ministère public, ce qui, pour la chancellerie, doit lever tout soupçon de partialité et de volonté d'enterrer des affaires sensibles. Pourtant, le statut du juge de l'enquête et des libertés ne saurait compenser la dépendance du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif ; il ne saurait non plus suffire à garantir un contrôle effectif de l'enquête conduite par le parquet. Les moyens qui lui sont offerts pour garantir le principe du contradictoire paraissent d'ailleurs limités. En effet, selon l'article 211-3, 1° de l'avant-projet, le seul moyen qui est accordé au juge de l'enquête et des libertés pour garantir le déroulement contradictoire, équitable et impartial de la procédure, et pour contrôler que les investigations sont effectuées à charge et à décharge, est de statuer sur les demandes formées par les parties qui n'ont pas été acceptées par le parquet ou auxquelles il n'a pas répondu. Son pouvoir de contrôle n'est donc pas automatique et ne s'exerce pas sur l'intégralité de l'enquête. De plus, ce magistrat, présenté par le garde des Sceaux comme un rempart inébranlable, ne sera saisi durablement d'une procédure que si le parquet envisage contre le mis en cause une mesure privative ou restrictive de liberté[326]. Dans le cas contraire, les demandes du procureur de la République pourront être examinées successivement par différents juges de l'enquête et des libertés[327], qui ne pourront donc pas suivre le dossier. Bien plus, l'article 211-10 du projet de réforme autorise le procureur de la République, agissant soit spontanément, soit à la demande des parties, à demander au président du tribunal le dessaisissement du juge de l'enquête et des libertés, **«** *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* ». C'est une disposition choquante menaçant l'indépendance du juge de l'enquête et des libertés à la merci des desiderata du

[325] Thomas MEINDL, « *Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction* », *R.S.C.*, 2010, p. 401.
[326] Art. 211-8 de l'avant-projet : « *lorsque le juge de l'enquête et des libertés a été désigné pour statuer sur la demande d'une partie ou sur des réquisitions du ministère public en matière de contrôle judiciaire, d'assignation à résidence avec surveillance électronique et de détention provisoire, il est alors seul compétent pour intervenir lors de la suite de cette enquête* ».
[327] Art. 211-7 de l'avant-projet.

parquet, disposant, sous divers prétextes, de moyens pour évincer un juge de l'enquête et des libertés estimé trop contrariant.

L'importance de la mission qui est confiée au juge de l'enquête et des libertés aurait pourtant sans aucun doute justifié un pouvoir de contrôle sur l'ensemble de l'enquête judiciaire pénale qui implique alors de lui donner la possibilité de suivre correctement et dans la durée l'enquête conduite par le parquet[328]. Il aurait été particulièrement bienvenu de permettre au juge de l'enquête et des libertés saisie d'une demande d'une partie de se saisir de l'entier dossier pour pouvoir contrôler l'intégralité de l'enquête judiciaire pénale. A défaut de bien connaître le dossier, il ne pourrait pas vraiment résister aux propositions du procureur et affirmer son indépendance à l'égard de ce dernier pour l'appréciation des éléments de preuve[329].

Ainsi, au regard de tous ces éléments, il apparaît difficilement justifiable de considérer que le magistrat du parquet soit statutairement et fonctionnellement plus neutre que le juge d'instruction, juge du siège, et garantisse, en conséquence, mieux que le juge d'instruction les libertés individuelles et qu'il soit mieux à même que celui-ci d'enquêter à charge et à décharge[330]. Dès lors, il est nécessaire de redéfinir le statut du ministère public et de transférer au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de décider de la carrière des procureurs et d'exercer le cas échéant un contrôle disciplinaire. Mireille DELMAS-MARTY a précisé récemment que la réforme impliquait que le statut des magistrats du parquet soit renforcé par des garanties identiques à celles des magistrats du siège en matière de nomination, et notamment par la nécessité d'un avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature[331]. Loin d'être seulement théorique, ce modèle existe dans certains pays. Ainsi, en Italie notamment, le ministère public, issu de la Constitution de 1948, est un modèle d'indépendance réussi. L'article 110 de la Constitution prévoit que les attributions du ministère de la justice sont limitées à l'organisation et au fonctionnement des services de la justice. Toute interférence dans l'exercice des fonctions du ministère public est exclue. De plus, si

[328] Valérie MALABAT, « *L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : Refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale* ? », *art. préc.*, p. 165. V. également G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Le contrôle du juge », Les Annonces de la Seine* 2009, n° 34, p. 13.
[329] Haritini MATSOPOULOU, *« A propos du rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *J.C.P. G.*, 2009, n° 38, p.15.
[330] Thomas MEINDL, « *Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction* », *art. préc.*, p. 400.
[331] Mireille DELMAS-MARTY, « *Le parquet, enjeu de la réforme pénale* », art. préc.

l'hypothèse du simple renforcement des compétences du parquet est écartée, subsiste alors celle, intellectuellement séduisante, de la séparation générale des compétences d'enquête et de la protection des libertés, quel que soit le magistrat enquêteur : juge d'instruction ou procureur. Car, si les libertés ne sont plus garanties dans le bureau du juge d'instruction, aucune raison objective ne permet, a priori, de considérer qu'elles le sont davantage dans le bureau du procureur[332].

Certes, il est nécessaire de maintenir sur l'ensemble du territoire national une unité de politique pénale qui est une des conditions de traitement égalitaire des personnes soumises à une poursuite pénale. Mais, une éventuelle réforme du statut des magistrats du parquet ne ferait nullement obstacle à ce que le gouvernement, par l'intermédiaire du garde des Sceaux, continue à conserver la maîtrise de l'application de la politique pénale qui ne pourrait relever que de sa seule responsabilité[333]. Il paraît en conséquence normal que des instructions générales, qui devraient définir clairement les priorités de la politique pénale dans différents domaines, puissent être données par le garde des Sceaux. Mais, les injonctions dans des affaires particulières devraient être explicitement exclues, ce qui n'empêcherait pas le gouvernement de donner son avis, sous forme d'instructions écrites, dans les quelques rares affaires dites sensibles, relevant par exemple du terrorisme ou de la criminalité organisée : au lieu de placer le parquet dans la situation délicate de prendre des réquisitions écrites sur ordre, tout en retrouvant, en principe, la liberté de parole à l'audience, la solution, bien rodée devant le Conseil d'Etat, pourrait être de faire appel à un avocat qui défend ouvertement devant le juge le point de vue du gouvernement[334]. Une politique pénale impartiale devrait donc se limiter à des directives générales, à l'exclusion des instructions dans des dossiers particuliers, même écrites et versées au dossier[335]. La Commission présidée par Mireille DELMAS-MARTY avait souligné, dans ses conclusions, que confier au parquet les pouvoirs d'enquête supposait d'interdire au Garde des Sceaux de lui donner des instructions individuelles ; le lien avec le ministère public devant se limiter à des circulaires générales.

[332] Thomas MEINDL, « *Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction* », *art. préc.*, p. 400.
[333] Mireille DELMAS-MARTY, « *La phase préparatoire du procès pénal – Pourquoi et comment réformer* ? », *Les Annonces de la Seine*, 4 juin 2009, n° 34, p. 6.
[334] Mireille Delmas-Marty, « *Le parquet, enjeu de la réforme pénale* », *art.* préc.
[335] Ibid.

En définitive, le souci légitime de simplifier la procédure et d'accélérer le jugement ne doit pas se traduire par un déplacement des pouvoirs au détriment des juges dont l'indépendance est garantie par la Constitution, et au profit d'un parquet qui resterait placé sous les ordres du ministre de la justice. La suppression du juge d'instruction ne pouvait se concevoir qu'à la condition de s'inscrire dans une réforme d'ensemble de la justice permettant au procureur de la République de bénéficier d'une réelle indépendance fonctionnelle et au juge de l'enquête et des libertés d'exercer un contrôle efficace sur l'étendue de l'enquête judiciaire pénale.

En tout état de cause, s'il apparaît légitime que le Ministère de la justice conduise la politique pénale décidée par le Gouvernement, le déroulement de la carrière des magistrats du parquet auxquels seront confiés les enquêtes ne devra plus dépendre du Président de la République. L'évolution inévitable et souhaitable de la procédure pénale dans une grande nation démocratique conduira inéluctablement à la coupure du lien ombilical entre le parquet et le pouvoir exécutif[336]. A défaut, c'est l'ensemble de la réforme française à venir qui sera entachée de ce vice originel et la Cour européenne ne manquera pas, alors, de condamner la France dans un avenir proche peut être, dès le jugement de l'affaire France Moulin[337] ?

En résumé, le Code de procédure pénale dans son architecture actuelle distingue deux phases d'investigation : La première est menée par la police judiciaire sous le contrôle du procureur de la République. La seconde, qui a lieu après que le procureur de la République ait requis l'ouverture d'une information, est menée par le juge d'instruction et, sous sa direction, par la police judiciaire. Néanmoins, une réforme projetée du Code de procédure pénale préconise de simplifier la phase préparatoire du procès pénal en instituant un cadre d'enquête unique : L'enquête judiciaire pénale. Cette nouvelle enquête se substitue à l'instruction, à l'enquête préliminaire et à l'enquête de flagrance, qui sans donner son nom, demeure toujours pendant une durée de huit jours qui peut être doublée en cas de crime ou délit flagrant[338].

[336] Il ne faut pas que les parquetiers soient à la merci du pouvoir politique et puissent faire l'objet de pressions ou d'instructions verbales par un simple coup de téléphone, sans parler de l'autocensure.
[337] Requête n° 37104/06 présentée par F. Moulin c/ France et introduite le 4 septembre 2006. En l'espèce, la requérante a été présentée au procureur adjoint du tribunal de grande instance de Toulouse.
[338] Art. 311-28 à 311-33 de l'avant-projet.

Ayant défini les cadres légaux d'intervention de la police judiciaire, il importe maintenant d'examiner selon quelle manière il est permis de procéder à la recherche des éléments de preuve.

CHAPITRE II
LES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES ACTES D'INVESTIGATION

Le corps inerte d'un individu est découvert au petit matin dans un lieu désert[339]. Les enquêteurs devront déterminer si ce décès a une cause criminelle[340]. Et dans l'affirmative, ils chercheront à découvrir l'auteur de l'infraction et à réunir, contre cet auteur, les preuves de sa culpabilité. Pour mener à bien leur mission, ils disposent de moyens importants et variés. Ils peuvent ainsi procéder à des investigations matérielles telles les transports sur les lieux, les examens techniques, les auditions, les perquisitions et les saisies. Ils peuvent, en outre, placer une personne en garde à vue pour les nécessités de l'enquête.

Cependant, dans la mesure où la mission des autorités chargées des investigations doit être menée à bien, avec efficacité, le législateur accroît dans certaines circonstances les pouvoirs des enquêteurs. Plus précisément, si l'acte délictueux vient de se commettre et qu'il est urgent d'intervenir pour éviter le dépérissement des preuves, les pouvoirs d'investigation doivent être réalisés au plus vite afin d'organiser la répression. Dans cette situation d'urgence, les actes peuvent être coercitifs et ne nécessitent pas le consentement des personnes intéressées. De tels pouvoirs constituent une arme précieuse de lutte contre le crime.

Or, bien que dotés de larges pouvoirs, les magistrats et personnels de police judiciaire ne sont pas libres dans le recueil des preuves ; ils sont tenus de respecter diverses conditions légales. Dans un Etat de droit, la matière est strictement réglementée parce qu'elle est sous-tendue par certains principes eux-mêmes quasiment sacrés[341].

Dès lors, pour effectuer l'étude des conditions d'exécution des actes d'investigation, il importe en premier lieu d'examiner l'étendue des pouvoirs d'investigation (Section I), puis de présenter les limites à la recherche des preuves, posées par certains principes consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme (Section II).

[339] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 368.
[340] Ibid.
[341] Ibid.

SECTION I
L'ÉTENDUE DES POUVOIRS D'INVESTIGATION

Les actes d'investigation renvoient à la recherche de la preuve. Ils sont réalisés dans un cadre législatif précis et soumis à des conditions d'exécution prévues par les textes qui les prévoient. Ces conditions varient selon le type de l'enquête diligentée, mais aussi selon les formes de délinquance ou de criminalité concernée.

Plusieurs éléments conditionnent donc l'étendue des pouvoirs d'investigation. D'une part, le cadre d'enquête a une incidence sur la nature des pouvoirs mis en œuvre et sur le caractère coercitif de ces derniers (&I). D'autre part, la nature et l'étendue des pouvoirs peuvent varier en fonction du contentieux traité. En effet, ces dernières années ont vu naître, sous l'action de législateur, une procédure indifférente aux cadres juridiques traditionnels ; il s'agit de la célèbre procédure pénale dérogatoire relative à la criminalité organisée. Face à ce type de crimes et délits, considérés comme signe d'une participation, dans certaines circonstances, à des formes organisées de criminalité, les enquêteurs peuvent utiliser des instruments de lutte graves et largement dérogatoires au droit commun des enquêtes (&II).

&I. VARIATION DU RÉGIME SELON LE CADRE JURIDIQUE

Face à un acte de délinquance, la police judiciaire est chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte ; lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions[342]. Afin que cette mission de police judiciaire soit remplie dans des conditions alliant efficacité et respect de droits des citoyens, le législateur a élaboré des cadres juridiques différents : l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'enquête sur commission rogatoire. Selon ces cadres, la police judiciaire pourra travailler sans coercition ou user d'une coercition plus ou moins élevée en fonction de l'urgence et du caractère particulièrement grave de l'infraction commise. Il apparaît donc nécessaire de déterminer dans quel cadre et dans quelle limite la coercition peut être utilisée au cours des investigations.

[342] Art. 14 C. pr. pén.

Les mesures d'investigation accordées aux autorités chargées d'enquête diffèrent donc selon la nature même de celle-ci. En particulier, l'enquête de flagrance, qui porte sur une infraction en train de se commettre ou qui vient de se commettre, permet à la police de disposer, en raison de l'urgence et dans un but d'efficacité et de conservation des preuves, de pouvoirs d'investigation et de coercition étendus ; la personne concernée se verra donc imposer la procédure (A). En outre, l'enquête sur commission rogatoire qui connaît des infractions complexes ouvre droit à une coercition supérieure. Au niveau du cadre juridique, la procédure suit les règles relatives à l'enquête de flagrance à laquelle, elle emprunte son caractère coercitif (B). En revanche, l'enquête préliminaire qui repose sur la base d'un simple soupçon n'ouvre pas droit à une coercition. Aucun pouvoir de contrainte ne doit, en principe, être reconnu aux policiers ; ceux-ci ne disposent de manière autonome que de pouvoirs ordinaires de police (C).

A. DES POUVOIRS FORTEMENT COERCITIFS EN FLAGRANCE

L'ouverture d'une enquête de flagrance est strictement réglementée par le législateur. Décrite aux articles 53 et suivants du Code de procédure pénale, elle recouvre un domaine d'application bien délimité. Ainsi, la situation ne peut être qualifiée de flagrante que lorsqu'elle est d'une actualité brûlante, justifiant une prise en compte policière immédiate. A vrai dire, dans l'enquête de flagrance, la découverte de l'infraction constitue le point de départ de l'enquête : l'infraction étant d'ores et déjà établie, il s'agit d'en réunir les preuves et d'en rechercher les auteurs avec efficacité. Cette enquête suppose en outre une infraction marquée d'une gravité suffisante pour justifier les pouvoirs élargis des enquêteurs ; elle ne peut être envisagée que lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement. Sur ce dernier point, l'article 53 du Code de procédure pénale énumère limitativement quatre cas dans lesquels la flagrance est caractérisée: l'infraction se commettant actuellement ; l'infraction venant de se commettre ; dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique ; dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est trouvée en possession d'objets ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé à l'infraction.

L'enquête sur infraction flagrante est celle qui est réputée la plus coercitive. Son fondement est l'urgence causé par le trouble à l'ordre public qu'il faut faire cesser. De plus, la

proximité temporelle de l'infraction oblige à rechercher avec efficacité les preuves qui sont encore existantes. Deux critères exigent ainsi une réponse de police judiciaire sous forme d'investigations coercitives : la gravité de l'infraction et la situation d'urgence générée par le crime ou le délit flagrant.

Le fait pour les policiers de se trouver dans le cadre juridique de l'enquête de flagrance leur confère d'importantes prérogatives. Deux raisons expliquent que le législateur facilite ainsi les investigations de la police durant la flagrance. La première a trait à l'efficacité de la répression : il faut éviter le dépérissement de preuves qui sont, par définition, plus faciles à rapporter lorsque l'enquête intervient peu de temps après l'acte délictueux. Le législateur a en effet voulu assouplir les règles ordinaires de la procédure, afin de permettre l'arrestation rapide du délinquant, d'effectuer un constat immédiat et de recueillir le maximum de preuves avant qu'elles ne disparaissent. La seconde concerne la sécurité des justiciables : les risques d'erreur étant moins grands quand les recherches sont immédiatement consécutives à l'infraction, la loi allège certaines des contraintes auxquelles les policiers sont confrontés au cours d'une enquête préliminaire.

Dès lors, le pouvoir coercitif de la police judiciaire est beaucoup plus étendu et ses prérogatives sont subordonnées à des conditions beaucoup moins restrictives, lorsqu'elle intervient en flagrance. Pourtant, malgré leur mission commune -recherche des auteurs d'infractions et rassemblement des preuves-, tous les membres de la police judiciaire n'ont pas les mêmes pouvoirs. Seuls les officiers de police judiciaire ont le pouvoir de procéder aux actes coercitifs de l'enquête sur infraction flagrante. Le rôle des agents de police judiciaire est de seconder les officiers de police judiciaire dans l'exercice de leurs fonctions[343]. L'idée qui préside à cette répartition des compétences au sein de la police judiciaire est incontestablement le degré de contrainte apporté aux libertés individuelles, les actes les plus graves étant réservés au bras séculier de l'autorité judiciaire : l'officier de police judiciaire. Celui-ci reçoit du Code de procédure pénale de larges pouvoirs d'enquête, apparentés à ceux du juge d'instruction dans le cadre de son information ; les différentes opérations qu'ils accomplissent aient pour caractéristique commune de ne pas nécessiter le consentement de l'intéressé.

[343] Art. 20 et 21 C. pr. pén.

Ainsi, par exemple, au sens de l'article 56 du Code de procédure pénale, des perquisitions peuvent être effectuées de manière coercitive chez les personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des objets et pièces relatifs aux faits incriminés, c'est-à-dire sans que l'assentiment exprès de l'intéressé ne soit requis. Dans le même ordre d'idées, l'article 60-1 du même Code permet à l'officier de police judiciaire de requérir, par tout moyen, de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Exception est faite lorsque ces réquisitions sont adressées à un avocat, un médecin, un notaire, un avoué, un huissier ou une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle. En pareille hypothèse, la remise de documents ne peut intervenir qu'avec leur accord. La loi ne leur impose pas de justifier leur refus par un motif légitime. Semblablement, dans le but d'obtenir des informations utiles ou nécessaires à la manifestation de la vérité, l'officier de police judiciaire dispose du droit d'accéder aux fichiers informatiques non protégés par un secret prévu pas la loi, sans avoir à obtenir préalablement l'autorisation du magistrat du parquet[344]. Il pourra également procéder d'office à la visite des véhicules circulant ou arrêtés sur la voie publique ou dans un lieu accessible au public, lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou d'un passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre, comme auteur ou comme complice, un crime ou délit flagrant[345].

Une autre attribution coercitive inhérente à la flagrance consiste dans l'arrestation de l'auteur de l'infraction. En effet, l'officier de police judiciaire détient en vertu de l'article 73 du Code de procédure pénale[346] le pouvoir d'appréhender ceux qui, selon toute apparence, ont commis une infraction de nature criminelle ou délictuelle assortie d'une peine d'emprisonnement. Ce pouvoir d'arrestation n'est pas propre aux officiers et agents de police judiciaire ; il appartient également à toute personne. Néanmoins, seule la coercition strictement nécessaire pour vaincre la résistance opposée à l'agent de la force publique est

[344] Art. 60-2 C. pr. pén.
[345] Art. 78-2-3 C. pr. pén.
[346] Art. 73 C. pr. pén.: « *Dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche* ».

légitime. De même, l'officier de police judiciaire peut défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture des opérations[347]. Ce pouvoir coercitif lui permet de garder sous la main les personnes présentes sur les lieux pour audition[348]. Au sens de l'article 62 du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis. Il peut à l'initiative contraindre à comparaître par la force publique les personnes visées à l'article 61 de ce Code.

De plus, l'officier de police judiciaire peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête. Il procède, ou fait procéder sous son contrôle, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers. Semblablement, s'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, l'officier de police judiciaire a recours à toutes personnes qualifiées. Ces opérations de constatations ou examens techniques[349] comme celles de prélèvements externes créés par la loi sur la sécurité intérieure[350] sont réalisables par l'officier de police judiciaire, sans que l'autorisation du procureur n'ait à intervenir préalablement.

Il en découle que, dans le cadre juridique que constitue l'enquête de flagrance, le législateur fait prévaloir l'efficacité de l'action policière sur les droits et libertés individuelles. Les policiers sont ainsi dotés, en raison de l'urgence et par un souci d'efficacité et de conservation des preuves, de pouvoirs élargis, afin de mettre rapidement un terme au trouble causé à l'ordre public et de présenter le ou les auteurs devant les juridictions répressives. En effet, il semble nécessaire de permettre aux enquêteurs d'effectuer certains actes coercitifs alors même qu'une infraction vient de se commettre. Il n'est pas, par exemple, envisageable

[347] Art. 61 C. pr. pén.
[348] Art. 62 C. pr. pén.
[349] Art. 60 C. pr. pén.
[350] Art. 55-1 C. pr. pén.

de soumettre à une autorisation de l'autorité judiciaire la possibilité d'arrêter l'auteur présumé d'une infraction.

Pourtant, les actes de recherche de la preuve n'échappent pas à toute réglementation dès lors qu'il est question de flagrance. Ainsi, par exemple, les perquisitions et saisies restent en principe soumises à de sérieuses exigences comme le respect des heures légales ou la présence de témoins. Ce cadre d'enquête étant très coercitif, il est limité dans le temps et soumis au contrôle du procureur de la République auquel appartient la direction de l'enquête. Les entorses au principe de l'inviolabilité du domicile trouveront à s'appliquer aussi dans le cadre de l'information judiciaire.

B. DES POUVOIRS COERCITIFS IMPORTANTS DANS LE CADRE D'UNE COMMISSION ROGATOIRE

Avant d'être soumises à la juridiction de jugement, les affaires pénales les plus délicates sont d'abord portées devant le juge d'instruction. L'instruction préparatoire est obligatoire pour les affaires criminelles et pour les infractions commises par des mineurs, mais facultative en matière de délit[351]. Cependant, lorsqu'une affaire délictuelle est complexe, le procureur de la République peut décider de saisir le magistrat instructeur. Pour ce faire, il délivre un réquisitoire introductif visant des faits précis.

Le Code de procédure pénale donne au magistrat instructeur des pouvoirs importants pour rechercher tous les éléments probatoires qui lui permettront de décider de la suite à donner à l'affaire dont il est saisi. Dans l'exercice de ses pouvoirs, le juge jouit d'une grande indépendance pour parvenir à la manifestation de la vérité, étant tenu d'instruire à charge et à décharge. Il apprécie librement l'opportunité des mesures d'instruction nécessaires et accomplit, conformément à la loi, tout acte d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité[352]. Cette formule est extrêmement large ; elle implique que le juge a pour mission de

[351] Art. 79 C. pr. pén. : « *L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime ; sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit ; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l'article 44* ».
[352] Art. 81 C. pr. pén.

faire éclater la vérité, aussi bien sur les faits que sur la personnalité de leurs auteurs, aussi bien sur les aspects favorables à l'inculpé que sur ceux qui lui sont défavorables[353].

Le juge d'instruction dispose des mêmes pouvoirs d'enquête que le procureur de la République, mais s'agissant d'un magistrat du siège, il peut prendre des décisions entraînant une atteinte aux libertés et droits fondamentaux. Ainsi, investi de nombreux et puissants pouvoirs d'investigation, il peut se transporter sur les lieux accompagné d'un greffier, ordonner une expertise, délivrer des mandats de comparution, d'amener, de dépôt ou d'arrêt. Il peut procéder à l'audition de toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements utiles à la manifestation de la vérité, telles que les témoins, la partie civile ou la personne mise en examen, et faire comparaître les témoins par la force publique. Il peut écarter certains principes protecteurs des droits individuels : l'inviolabilité des correspondances, grâce à l'interception des correspondances émises par la voie de télécommunication ; du domicile, par le droit de perquisitionner contre le gré des personnes concernées et de la propriété privée, avec le droit de saisir. A l'instar de l'enquête de flagrance, l'information judiciaire exclut donc l'exigence d'un consentement de l'intéressé subissant une perquisition.

Ne pouvant accomplir lui-même toutes les mesures nécessaires pour recueillir les éléments de preuve, le magistrat instructeur peut délivrer une commission rogatoire à la police judiciaire, afin de lui permettre de procéder à sa place à un ou plusieurs actes d'information. Cependant, parmi les policiers et les gendarmes, seuls les officiers de police judiciaire, qui présentent le plus de garanties, peuvent recevoir une délégation de pouvoirs par le mécanisme de la commission rogatoire. Agissant sur délégation du juge d'instruction et déférant à ses réquisitions, l'officier délégataire est revêtu en principe des mêmes prérogatives que le juge délégant. Ainsi, pour l'exécution des actes entrant dans sa mission, il dispose de pouvoirs coercitifs, à l'égal du juge d'instruction. Cette règle vaut notamment à l'occasion des perquisitions : un officier de police judiciaire commis rogatoirement peut procéder à une perquisition sans avoir recueilli le consentement préalable du particulier[354]. Au surplus, il peut requérir d'office de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données

[353] Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 22e éd., Dalloz, 2010, p. 597.
[354] Art. 92 C. pr. pén.

nominatives, de leur remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse leur être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel[355]. Dans le même sens, un officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire, procéder aux réquisitions des données informatiques prévues par le premier alinéa de l'article 60-2 du Code de procédure pénale, sans avoir à obtenir l'autorisation préalable du juge d'instruction[356]. Enfin, il peut citer des témoins, qui sont tenus, sous peine d'amende, de comparaître, de prêter serment et de déposer[357].

En l'absence de flagrance ou d'information judiciaire, l'enquête préliminaire est l'instrument de droit commun de la police judiciaire pour la constatation des infractions et la recherche de leurs auteurs. C'est le cadre non coercitif de l'activité judiciaire.

C. DES POUVOIRS DE COERCITION RÉDUITS EN PRELIMINAIRE

Le régime de l'enquête préliminaire apparaît nettement distinct de celui de l'enquête de flagrance. Alors que l'on qualifie volontiers la seconde de coercitive, la première est classiquement présentée comme non coercitive. Dans ce type d'enquête, aucune disposition coercitive ne peut être mise en place, et les actes exercés par les enquêteurs en vertu des dispositions légales requièrent dans la majorité des cas le consentement de la personne qui en fait l'objet (1). Toutefois, le régime de l'enquête préliminaire tend à se rapprocher de celui de l'enquête de flagrance, dans la mesure où la coercition se fait de plus en plus présente dans ce type d'enquête[358] (2).

1. Des actes d'enquête réputés non coercitifs

Les pouvoirs des enquêteurs sont beaucoup plus limités et réduits lorsqu'ils agissent dans le cadre de l'enquête préliminaire. Celle-ci, non limitée quant à son domaine d'application, est communément qualifiée de non coercitive. La contrainte ne pouvant y être employée que dans la mesure de son acceptation par celui qui doit la subir.

[355] Art. 99-3 C. pr. pén., modifié par la loi du 5 mars 2007.
[356] Art. 99-4 C. pr. pén.
[357] Art. 153 C. pr. pén., modifié par la loi du 4 mars 2002.
[358] En ce sens, Jean-Luc LENNON, « *Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », Dr. pénal* 2007, p. 17.

En particulier, l'enquête préliminaire contient effectivement une contrainte, mais celle-ci présente la particularité de ne s'exercer que dans la mesure où elle a été consentie par la personne qui doit la subir. Une telle originalité provient de sa création. En effet, les magistrats et les officiers de police judiciaire ne pouvaient, sans texte, appliquer la contrainte étatique à des particuliers autrement qu'avec leur assentiment. Ainsi, a émergé, consacrée ensuite par le législateur, une contrainte que nous qualifierons de « conditionnelle », puisqu'elle suppose, pour son exécution, l'acceptation du contraint[359].

Règlementant l'ouverture de l'enquête préliminaire, l'article 75 du Code de procédure pénale prévoit que les officiers de police judiciaire procèdent à des enquêtes préliminaires, soit sur les instructions du Procureur de la République, soit d'office. Aucune réelle condition ne préside donc à l'ouverture d'une telle enquête. Cela s'explique par le fait que les moyens dont l'enquête préliminaire permet la mise en œuvre sont moins importants que ceux de l'enquête de flagrance. D'une manière générale, on retrouve, en pratique, l'enquête préliminaire lorsque la police recherche des renseignements suite aux indications données par un citoyen quelconque, lorsque la durée de l'enquête de flagrance est écoulée, ou encore lorsque le procureur de la République sollicite de la police les renseignements qui lui sont utiles pour prendre parti sur les poursuites. Bien plus, l'enquête préliminaire est de mise à chaque fois que l'enquête de flagrance ne peut être mise en œuvre et qu'aucune instruction n'est ouverte. Cependant, une enquête préliminaire peut éventuellement se transformer en enquête de flagrance et sert souvent à éclairer le procureur de la République sur l'opportunité de poursuivre, dès lors qu'apparaît un indice apparent d'un comportement délictueux relevant l'existence d'un flagrant délit.

L'enquête préliminaire, à la différence de l'enquête sur infraction flagrante, ne se place pas « à chaud ». Si elle peut, comme celle-ci, simplement servir à réunir les preuves d'une infraction d'ores et déjà constatée, elle tend aussi à rétablir l'existence même d'une infraction subodorée[360]. En conséquence, les soupçons pouvant se révéler en définitive injustifiés, la police ne bénéficie d'aucun pouvoir de contrainte et en principe, elle doit recueillir le consentement des intéressés[361]. Plus largement, dans le cadre de cette enquête

[359] Jacques BUISSON, « *Enquête préliminaire* », *in Rép. pén*. Dalloz, 2006, p. 5.
[360] Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, op. cit., p.218.
[361] Elle ne légitime donc pas des atteintes aussi graves à l'inviolabilité du domicile. Ce qui peut retentir sur le régime des perquisitions et saisies.

ouverte sur la base d'éléments de fait plus flous, parfois même fort ténus, le principe est celui selon lequel un agent de la force publique doit obtenir le consentement du particulier avant toute exécution d'un acte coercitif. A défaut, des poursuites pénales et/ou disciplinaires pourraient être exercées contre l'agent, et l'acte irrégulièrement effectué se trouverait frappé de nullité.

Parce qu'elle vise le rassemblement des preuves, l'enquête préliminaire permet d'effectuer des actes procéduraux identiques à ceux de l'enquête de flagrance. Il en est ainsi de la garde à vue, des perquisitions, des examens techniques ou scientifiques, des auditions, des réquisitions, etc. Pourtant, l'exécution desdits actes, en certains points de leur régime, étant subordonnée à des conditions nettement moins restrictives lorsque la police judiciaire opère en flagrance[362]. En d'autres termes, l'enquête préliminaire intervenant dans l'hypothèse pratique où, non flagrante, l'infraction doit d'abord être vérifiée, ne justifie pas d'accorder à la force publique des pouvoirs contraignants pour les individus. Ainsi, pour conclure à la validité des actes qui y sont accomplis, la chambre criminelle recherche s'il y a eu consentement libre, volontaire et donné en connaissance de cause[363]. Une telle exigence s'illustre particulièrement en matière de perquisitions et saisies. En effet, au terme l'article 76 du Code de procédure pénale, ces opérations ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès verbal ainsi que de son assentiment.

L'assentiment donné par écrit marquait sans nul doute une avancée importante en regard des pratiques antérieures dans la mesure où, pour garantie de son efficacité, il avait vocation à figurer dans le corps de la procédure judiciaire[364]. Pour le professeur R. VOUIN[365], l'enquête préliminaire « reste fondée [sous l'empire du Code de procédure pénale] sur le consentement libre et éclairé de la personne intéressée ». C'était insister sur l'obligation impérative d'obtenir le consentement préalable du contraint, mais plus encore sur le fait que ce consentement doit, pour permettre une validation, être exempt de vices. Le schéma de

[362] C'est vrai, par exemple, pour les perquisitions- et au delà pour les fouilles de toute nature- que les officiers de police judiciaire peuvent, en flagrance, diligenter sans l'assentiment préalable de l'intéressé.
[363] Crim., 9 décembre 1910, *D.*, 1910.II.264.
[364] Jean-Luc LENNON, « *Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », art. préc.*, p. 18.
[365] Vouin (R.), « *Le Code de procédure pénale », J.C.P.*, 1959.I.1477.

l'enquête préliminaire commande, en effet, de prêter une grande attention à ce que le policier ou le gendarme n'ait pas trompé l'intéressé pour l'amener à une acceptation viciée[366]. Aussi la jurisprudence refuse-t-elle toute présomption de consentement de la part du contraint, pour rechercher si le consentement a été donné « en connaissance de cause »[367]. Ce consentement que donne le contraint est considéré, par la doctrine, comme irrévocable[368] et fait l'objet d'un contrôle par l'autorité judiciaire. La personne ayant manifesté son accord ne disposait plus de la faculté de se rétracter contrairement à ce qui se passait sous l'empire du Code d'instruction criminelle où l'action intrusive des enquêteurs était subordonnée au bon vouloir du maître des lieux[369].

Par ailleurs, à l'opposé de l'enquête de flagrance, la réquisition des documents et des données informatiques nécessite l'autorisation préalable du magistrat du parquet[370]. On signalera enfin que si les officiers de police judiciaire peuvent prendre l'initiative d'examens techniques ou scientifiques en flagrance, ces actes doivent être autorisés par le procureur de la République dans le cadre de l'enquête préliminaire[371].

En définitive, le trait caractéristique de l'enquête préliminaire est de ne pas mettre à la disposition des officiers de police judiciaire des pouvoirs coercitifs. La coercition ne peut être exercée à l'encontre des particuliers, qu'avec l'assentiment éclairé et irrévocable de ceux-ci, hormis la possibilité pour l'officier de police judiciaire d'user, d'une part, de la garde à vue et d'autre part le titre de coercition tiré des textes relatifs aux contrôles et vérifications d'identité. Cette particularité qui, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, avait exemptée l'enquête officieuse de tout reproche d'illégalité, est cependant de moins en moins vraie.

---

[366] Jacques BUISSON, « *Enquête préliminare », art. préc.*, p. 5.
[367] Crim., 12 mai 1923, *D.*, 1924.I.174, s'agissant de la régularité d'une perquisition opérée par un commissaire de police en dehors de toute flagrance et sans commission rogatoire ; Crim., 9 juillet 1953, *D.*, 1954, p. 110 ; 19 juin 1957, *D.*, 1958, p. 563, note J. LE PAVEC.
[368] M. BLONDET, « *L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale », J.C.P.*, 1959.I.1513 ; B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, thèse préc, n° 313 ; L. LAMBERT, *Formulaire des officiers de police judiciaire*, 1979, LGDJ, p. 269.
[369] Jean-Luc LENNON, « *Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », art. préc.*, p. 18.
[370] Art. 60-1 et 60-2 C. pr. pén.
[371] Art. 77-1C. pr. pén.

2. Le développement coercitif de l'enquête préliminaire

Initialement conçu comme non coercitif, le schéma original de l'enquête préliminaire a subi de nombreux bouleversements dictés par les nécessités de l'ordre public. Par touches successives, le législateur a ainsi octroyé aux policiers et aux gendarmes agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire d'importants pouvoirs de contrainte. L'enquête préliminaire est donc devenue, dans des situations de plus en plus nombreuses, une enquête coercitive, à l'image de l'enquête de flagrance.

En effet, pour respecter les principes constitutionnels et conventionnels qui enserrent la contrainte, aujourd'hui inscrits dans la loi[372], notamment celui de la garantie judiciaire qui confie à l'autorité judiciaire le pouvoir d'autoriser la contrainte et d'en contrôler l'exercice, le législateur a dû conférer au juge judiciaire le soin d'accorder l'octroi de la contrainte et d'assurer le contrôle de sa mise en oeuvre.

Dans un premier temps, la loi du 4 janvier 1993 a mis en place un pouvoir d'arrestation, en enquête préliminaire, du témoin récalcitrant[373], pouvoir qu'elle a calqué sur celui qui existe dans l'enquête de flagrance, prévu par l'article 62 du Code de procédure pénale. L'article 78 dudit Code permet ainsi le recours à la force publique afin de contraindre les personnes convoquées à comparaître. Les officiers de police judiciaire, eux-mêmes peuvent y avoir recours, après autorisation du procureur de la République.

Ensuite, d'une manière plus générale, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a apporté une évolution fondamentale qui a, consécutivement, modifié le régime juridique de l'enquête préliminaire par l'ajout de pouvoirs coercitifs, renforçant ceux de l'enquête initiale, sous condition que la contrainte soit autorisée. En particulier, cette loi a aménagé une perquisition coercitive de l'enquête préliminaire. Désormais, il est possible de passer outre le consentement de l'intéressé, pour la recherche et la constatation des infractions punies d'une peine d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Pourtant, si dans cette hypothèse, le législateur permet qu'il soit dérogé à la règle de l'assentiment exprès de l'intéressé, ce n'est qu'à la condition que la perquisition

[372] Art. préliminaire C. pr. pén.
[373] Art. 78 C. pr. pén.

soit indispensable à l'enquête et qu'elle soit autorisée par le juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République. Au demeurant, l'officier de police judiciaire a compétence exclusive pour exécuter les actes autorisés par le procureur ou par le juge des libertés et de la détention. Cette prescription répond à la logique de la police judiciaire qui confie à cet officier l'exécution des actes les plus graves parce qu'il offre les plus fortes garanties, à raison de sa formation et de son habilitation par le procureur général, qui le soumet à un contrôle renforcé de l'autorité judiciaire[374]. L'officier de police judiciaire ne partage sa compétence avec l'agent de police judiciaire, sur lequel il exerce son pouvoir hiérarchique, que pour la surveillance, régie par la non-opposition du procureur de la République[375].

Il n'en demeure pas moins que l'enquête préliminaire est désormais susceptible de permettre la mise en œuvre de pouvoirs coercitifs, auxquels seule l'enquête de flagrance ouvrait droit auparavant. Le régime de l'enquête préliminaire se trouve donc renforcé, au point de se rapprocher de celui de l'enquête de flagrance. Pourtant, les actes coercitifs en préliminaire sont subordonnés à l'autorisation du juge des libertés et de la détention, ce qui n'est pas le cas de ceux de l'enquête de flagrance. En d'autres termes, dans le cadre de l'enquête sur infraction flagrante, la coercition existe et elle est fondée en droit. En revanche, l'enquête préliminaire est par nature non coercitive ; les actes exercés par les organes de police ne peuvent théoriquement revêtir le qualificatif de coercitif. Cependant, à titre exceptionnel, les officiers de police judiciaire ont à leur disposition des moyens dits « coercitifs » pour mener à bien l'enquête, et de ce fait, ils peuvent exercer un pouvoir de contrainte à l'égard des personnes soupçonnées. Mais, en pareil cas, la coercition ne se justifie que parce que la loi la prévoit expressément et sur autorisation du magistrat[376]. Enfin, c'est surtout en matière de criminalité organisée que l'on a, ces dernières années, assisté à la plus importante diversification des moyens de preuve.

[374] Art. 16 C. pr. pén.
[375] Art. 20 C. pr. pén.
[376] Cons. const., déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, cette exigence trouve sa source dans le respect des principes constitutionnels et conventionnels qui enserrent la contrainte, notamment celui de la garantie judiciaire qui confie à l'autorité judiciaire le pouvoir d'autoriser la contrainte et d'en contrôler l'exercice.

&II. VARIATION DU RÉGIME SELON LA NATURE DES FAITS

Pour faire face à la criminalité organisée et au terrorisme, les enquêteurs et magistrats sont dotés de pouvoirs dérogatoires au droit commun, justifiés par les difficultés accrues d'établissement des preuves et la dangerosité de ces organisations criminelles[377]. En effet, il est évident qu'en cette matière, les plaintes et dénonciations sont fort rares : les victimes participent à l'infraction et les tiers restent muets[378]. Ainsi, privée de plaintes et dénonciations, la police judicaire ne doit pas se contenter d'être passive. Elle va devoir rechercher activement les preuves, dès qu'elle soupçonne des faits de crime organisé.

La loi « Perben II » du 9 mars 2004 définit les contours de la criminalité organisée et met en place des outils juridiques de lutte graves et largement dérogatoires au droit commun des enquêtes. Au titre de l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cette loi a introduit dans le Code de procédure pénale de nombreuses dispositions spécifiques aux enquêtes portant sur des faits relevant de la criminalité organisée. Parce que ces affaires sont complexes, commises sur un ressort territorial étendu, voire international, elles requièrent la mise en œuvre de moyens d'investigation performants et efficaces. Inscrites aux articles 706-80 et suivants du Code de procédure pénale, ces mesures ont pour effet d'étendre les pouvoirs des enquêteurs pour faciliter la recherche de la preuve.

Les articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale[379] énumèrent les infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisée. Le premier de ces textes énumère les infractions relevant de la grande criminalité organisée. Ces infractions sont les suivantes :

1- Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8/ de l'article 221-4 du code pénal;

2- Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal ;

3- Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal;

[377] Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni

[378] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 369.

[379] Réformés par la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme.

4- Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration prévus par les deux premiers alinéas de l'article 224-1 et par les articles 224-2 à 224-5 du code pénal ;

5- Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal ;

6- Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal;

7- Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal ;

8- Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal ;

8e *bis*- Délit d'escroquerie commis en bande organisée prévu par les articles 313-2 du Code pénal ;

9- Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal ;

10- Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal;

11- Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-5 du code pénal ;

12- Délits en matière d'armes commis en bande organisée prévus par l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 qui abroge le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre, les articles 24, 26 et 31 du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, l'article 6 de la loi n/ 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, l'article 4 de la loi n/ 72-467 du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines ;

13- Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n/ 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

14- Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13° ;

15- Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14°;

16- Délits de non justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du Code pénal lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 15°.

L'article 706-74 dudit Code définit les infractions relevant de la criminalité organisée de moindre envergure, mais dont les ramifications sont manifestement en lien avec la précédente. Il s'agit des infractions suivantes :
1° Crimes et délits commis en bande organisée, autres que ceux relevant de l'article 706-73 ;
2° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'alinéa 2 de l'article 450-1 du code pénal, autres que ceux relevant du 15° de l'article 706-73.

La spécificité de la lutte contre la délinquance organisée justifie que les enquêteurs disposent de moyens adaptés et intrusifs, soit par le renforcement des actes d'enquête classiques, soit par l'utilisation de prérogatives spécifiques. L'un des principaux apports de la loi du 9 mars 2004 a consisté dans la mise en place d'une nouvelle procédure pénale dérogatoire ayant vocation à s'appliquer, de manière générale, à des infractions nombreuses et diverses, dont le seul point commun est d'avoir été commises, tentées ou préparées en bande organisée. Ainsi, cette loi a créé de nouvelles méthodes d'investigation, qui ne sont ordinairement pas possibles dans les enquêtes de droit commun.

A l'enquête réactive traditionnelle succède donc, pour la criminalité organisée, une enquête proactive faite de provocations. Les enquêteurs sont ainsi autorisés à surveiller, sur l'ensemble du territoire national, les personnes et les objets, les biens et les produits dont il existe des raisons plausibles de penser qu'elles ont commis, ou qui servent ou sont tirés de la commission des infractions visées aux articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale. Ils peuvent également, surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit relevant de la criminalité en bande organisée en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs[380]. Dans ces hypothèses, aucune distinction n'est faite suivant que la mesure s'inscrit dans le cadre des enquêtes de police ou de l'information judiciaire.

[380] Art. 706-81 C. pr. pén.

Parmi les prérogatives spécifiques à la criminalité organisée figurent, en outre, les sonorisations et fixations d'images[381]. Elles ont pour objet la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé[382]. Ce procédé n'est toutefois possible que dans le cadre de l'information judiciaire.

Par ailleurs, le législateur de 2004 a renforcé les pouvoirs d'enquête préexistants pour les infractions entrant dans le champ d'application de la nouvelle procédure pénale dérogatoire. Afin de répondre aux besoins conjugués d'efficacité, de cohérence, de proportionnalité et de simplification de lecture, il a refondu les dispositions relatives à la garde à vue. Cette refonte a notamment conduit à l'élargissement du champ d'application des dispositions relatives aux gardes à vue de longue durée et aux régimes dérogatoires d'intervention des avocats[383]. La loi permet ainsi de porter la durée de cette mesure à quatre-vingt-seize heures, quel que soit le cadre d'enquête, alors qu'en droit commun, elle ne peut dépasser une durée maximale de quarante-huit heures.

Au surplus, le législateur a réformé le régime des perquisitions dans le cadre des investigations relatives à la criminalité organisée. Désormais, les enquêteurs peuvent jouir de pouvoirs extraordinaires et procéder à des perquisitions nocturnes. En effet, pour la recherche d'une infraction relevant du crime organisé visé à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, des perquisitions et saisies peuvent être effectuées de jour, dans les conditions de droit commun, soit entre six heures et vingt-une heures[384]. En outre, des perquisitions et saisies de nuit sont autorisées, aussi bien dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance ou dans celui de l'exécution d'une commission rogatoire. Pourtant, de telles opérations, dans les locaux d'habitation, ne peuvent être effectuées qu'en enquête de flagrance ou, dans certaines hypothèses et seulement en cas d'urgence, en exécution d'une commission rogatoire. La possibilité de réaliser des perquisitions nocturnes nécessite toutefois l'autorisation du magistrat compétent : le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention selon le

[381] Art. 706-96 C. pr. pén.
[382] Art. 706-96 C. pr. pén.
[383] Circulaire NOR JUS-D-04-30177C du 2 septembre 2004 présentant les dispositions générales de la loi n° 2004-203 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité organisée, p. 34.
[384] Art. 59 C. pr. pén.

cas. L'efficacité de la lutte contre la délinquance organisée commande en effet une réponse rapide et immédiate de la part des magistrats ; tout retard ou alourdissement procédural ne conduirait qu'à une totale inefficacité de cette disposition.

Quant aux écoutes téléphoniques judiciaires[385], réservées à l'information judiciaire jusqu'à la loi « Perben II », elles peuvent désormais être mises en œuvre dans le cadre des enquêtes de police, pour les seules infractions visées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale et sur l'autorisation du juge des libertés et de la détention[386]. La loi ne distingue pas suivant qu'elles sont mises en œuvre dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une enquête de flagrance. Elles obéissent donc, dans l'un ou l'autre de ces cas, à un régime identique.

En définitive, une lutte réellement efficace contre la délinquance en bande organisée impose la mise en place d'une procédure particulière. Pourtant, dans la mesure où une telle procédure risque d'écorner quelque peu le principe de proportionnalité, elle est soumise à un formalisme particulièrement rigoureux. Sa mise en œuvre est subordonnée à l'autorisation d'un magistrat, seul à même d'assurer un indispensable équilibre entre le respect des droits de la défense et les mesures renforcées prévues par la loi.

Il semblerait donc que la situation d'urgence causé par le trouble à l'ordre public qu'il faut faire cesser, la complexité des faits et le développement de nouvelles formes de criminalité ont conduit le législateur à renforcer les attributions accordées aux enquêteurs en matière de recherche des preuves. Pourtant, la recherche de la vérité, objectif principal du procès pénal, ne justifie nullement le recours à tout moyen de preuve. C'est qu'en effet, un certain nombre de limites à la recherche de preuves ont été posé au niveau national et européen et ce, dans le but de garantir le respect de la personne humaine et des droits de l'Homme.

[385] Art. 100 et suiv. C. pr. pén.
[386] Art. 706-95 C. pr. pén.

SECTION II
LES LIMITES POSÉES PAR CERTAINS PRINCIPES CONSACRÉS PAR LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Les gardes à vue, les écoutes téléphoniques, les perquisitions ou encore les sonorisations et fixations d'images ne sont-ils pas incompatibles avec l'intégrité physique, le secret des correspondances et l'intimité de la vie privée, valeurs sociales auxquelles les citoyens sont particulièrement attachés, et dont le droit français et les conventions internationales assurent la protection ?

La recherche des preuves étant l'étape du procès pénal la plus attentatoire aux droits et garanties des individus, il ne faut pas pour autant tolérer toutes les violations. Dans un Etat de droit, il n'est pas acceptable que la vérité soir établie par n'importe quel moyen. Aussi, la liberté de la preuve est-elle encadrée par quelques règles fondamentales imprégnées d'éthique[387]. Certains s'appuient sur des dispositions textuelles, d'autres sur des principes généraux quasiment sacrés.

Ainsi, afin de garantir la protection des libertés et droits fondamentaux, la loi réglemente l'emploi des divers modes de preuve et les soumet à de nombreuses formalités. Les actes d'investigation doivent être exercés dans les conditions et dans les limites fixées par les textes qui les prévoient. Les modalités d'établissement des divers modes d'investigation seront examinées ultérieurement, à l'occasion de l'étude du régime des actes d'investigation.

Pourtant, la légalité de la preuve pénale ne s'entend pas uniquement de l'encadrement formel prévu par la loi. En effet, outre la nécessité de respecter les règles procédurales posées pour chaque rassemblement de preuve et de sanctionner leur éventuelle violation, les actes d'investigation doivent se faire dans le respect de certains principes inscrits dans le Code de procédure pénale ou établis par la jurisprudence tant nationale qu'européenne. Ces principes

[387] Fréderic DEBOVE et François FALLETTI, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 508.

généraux du droit résident essentiellement dans le respect de la dignité humaine, de l'intimité de la vie privée et de la liberté d'expression[388].

En conséquence, si les différents procédés d'investigation répondent à des règles particulières, de façon plus générale cependant, la recherche de la preuve doit reposer sur les concepts de la dignité et des droits de l'homme. Conformément à l'Etat de droit, les policiers, gendarmes et magistrats doivent respecter la dignité de la personne impliquée dans l'affaire (&I). En outre, ils doivent tenir compte de l'intimité de la personne (&II) et de sa liberté d'expression (&III) de sorte que, dans les cas où ces valeurs sont en cause, ils ne doivent agir que s'ils ne peuvent pas faire autrement, que si en d'autres termes, leurs diligences sont nécessaires[389].

&I. LE RESPECT DE LA DIGNITÉ HUMAINE

Le recueil des preuves impose le respect du principe de dignité de la personne humaine. Ce principe interdit le recours à la force, à la torture ou encore à tout traitement inhumain ou dégradant durant le déroulement du procès et particulièrement au cours des confrontations entre les autorités de poursuite et la personne poursuivie.

Dans un premier temps, nous allons préciser les applications jurisprudentielles de la notion de la dignité humaine par la Cour européenne des droits de l'homme (A). Puis, nous reviendrons sur la position du droit français en la matière (B).

A. JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La loi confère aux officiers de police judiciaire le pouvoir de placer une personne en garde à vue pour les nécessités de l'enquête. Néanmoins, plus que d'un pouvoir d'investigation, il s'agit d'une lourde charge qui doit être maniée avec prudence et discernement. C'est là qu'interviennent les qualités humaines telles que la légalité et l'intégrité.

[388] Ils sont reconnus comme des principes fondamentaux du droit de la preuve, et les atteintes à ces principes entraînent l'illégalité matérielle de la preuve.
[389] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 369.

La garde à vue et les interrogatoires par les autorités publiques peuvent en effet être le théâtre d'abus : Violence, chantage, menace, mensonge, mauvais traitements…Ainsi, dangereuse à la fois pour les libertés individuelles, mais surtout pour l'intégrité de la personne retenue, la garde à vue nécessite un encadrement strict. La Convention européenne des droits de l'Homme met donc en place un régime général protecteur, notamment au travers de son article 3, tout en précisant que les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne[390].

Aux termes dudit article, nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La violence sous toutes ses formes, physique ou morale, est donc prohibée dans le recueil des preuves, et ce, de manière absolue dans la mesure où elle ne peut être fondée sur une quelconque nécessité. La Cour européenne des droits de l'homme a renforcé la protection des personnes, en donnant des notions de « tortures et peines ou traitements inhumains ou dégradants » une interprétation compréhensive par un revirement de sa jurisprudence[391]. Ainsi, elle a rendu quelques arrêts célèbres sur le fondement des traitements inhumains et dégradants de l'article 3 précité.

En effet, dans un arrêt Tomasi contre France du 27 août 1992[392], la Cour a considéré, pour la première fois, que ces notions s'appliquaient à toute violence illégale commise par un agent de la puissance publique dans l'exercice de ses fonctions. En l'espèce, M. Tomasi, corse nationaliste, soupçonné d'avoir participé à un attentat du FLNC, avait été arrêté et placé en garde à vue à Bastia. Il se plaignait d'avoir subi de nombreux sévices durant cette mesure. Les certificats médicaux ont prouvé qu'il a été victime de violences physiques commises par des inspecteurs au cours de sa garde à vue. Ayant pris connaissance de ces faits, la Cour européenne des droits de l'Homme a épinglé la France pour des actes violents commis par des

[390] Afin de veiller à ce que toute personne privée de sa liberté soit traitée avec humanité et dans le respect de la dignité inhérente à la personne humaine, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1984 prescrit, dans son article 11, à tout Etat partie d'exercer « une surveillance systématique sur les règles, instructions, méthodes et pratiques d'interrogatoire et sur les dispositions concernant la garde et le traitement des personnes arrêtées, détenues, ou emprisonnées de quelque façon que ce soit sur tout le territoire de sa juridiction, en vue d'éviter tout cas de torture ».

[391] La Cour a consacré dans un arrêt *Barbera, Massegue et Jabordo c/ Espagne* du 6 décembre 1988 l'obligation de loyauté dans la réunion policière des preuves.

[392] CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, série A, n° 241-A, §115, *R.S.C.*, 1993.33, obs. F. SUDRE.

forces de l'ordre et l'a condamnée pour violation de l'article 3 qui interdit l'usage de la torture et des traitements inhumains et dégradants.

Quelques années plus tard, la Cour confirmait cette jurisprudence, afin d'apporter à toute violence physique, quels qu'en soit la forme ou le degré, une sanction pénale[393]. En 1998, la Cour modifiait quelque peu sa position[394]. En effet, elle décidait que le mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3, apprécié selon les données de la cause et notamment, la durée du traitement, ses effets physiques et/ou mentaux, ainsi que, parfois, le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime.

Plus récemment, la Cour revient à une interprétation stricte de l'article 3 de la Convention dans une affaire Selmouni contre France[395]. Dans cette affaire, M. Selmouni avait été placé en garde à vue par des fonctionnaires de police du service départemental de la police judiciaire de Seine-Saint-Denis dans le cadre d'une procédure relative à un trafic de stupéfiants. Il fut établit qu'il avait été frappé à coup à l'aide d'une batte de type base-ball, qu'il avait reçu des coups de pied et de poing et qu'on lui avait tiré les cheveux. A son arrivée à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, le médecin releva sur son corps et sa tête des dizaines d'hématomes et des excoriations. Sur la base du témoignage de M. Selmouni et des certificats médicaux, la Cour a considéré que les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, ayant provoqué des douleurs et souffrances aigues et revêtant un caractère particulièrement grave et cruel, sont considérés comme des actes de torture.

En 2004, la France fut, encore une fois, condamnée en application de l'article 3 de la Convention pour des violences policières. La première affaire met en cause un lieutenant de police ayant frappé un jeune homme de 17 ans aux parties génitales avec une telle violence qu'il a provoqué chez lui une fracture du testicule à opérer d'urgence. La Cour européenne a considéré que les actes de violence infligés à M. Rivas étaient des traitements inhumains et dégradants. Elle en a donc conclut à la violation de l'article 3 de la Convention par la

[393] CEDH, 4 décembre 1995, *Ribitsch c/ Autriche.*
[394] CEDH, 9 juin 1998, *Tekin c/ Turquie* ; 28 octobre 1998, *Assenov et a. c/ Bulgarie*.
[395] CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France, J.C.P.*, 1999.10193, note F. SUDRE ; V. également CEDH, 18 octobre 2001, *Indelicato c/ Italie, J.C.P.*, 2002.I.105 note F. SUDRE, l'usage non strictement nécessaire de la force physique sur une personne privée de sa liberté constitue nécessairement une atteinte à la dignité humaine interdite par l'art. 3 Conv. EDH.

France[396]. Dans la deuxième affaire, les violences furent, cette fois, dirigées contre un couple de restaurateurs. La Cour de Strasbourg décrit les événements en cause de la façon suivante : « Selon le Gouvernement français, dès leur arrivée, les policiers furent insultés par les requérants et une altercation s'ensuivit. Les fonctionnaires de police durent alors faire usage de la force pour maîtriser le requérant et le plaquèrent contre le comptoir avant de le menotter. Alors que M.-J.D tentait de faire des photos afin de conserver des preuves de cette intervention, les policiers se jetèrent sur eux ; ils plaquèrent le requérant à plusieurs reprises sur le comptoir et lui portèrent des coups avant de le menotter. La requérante tenta de fuir, mais l'un des policiers l'attrapa par les cheveux et la traîna sur le sol jusqu'au comptoir ». Les violences décrites ci-dessus furent considérées par la Cour comme des traitements inhumains et dégradants[397].

Dans la même logique, la Cour a souligné qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, l'usage de la force physique, qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne, porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3[398]. Par ailleurs, elle a rappelé que les détenus bénéficient du régime de droit commun dudit article[399]. Elle a également soumis l'usage de l'arme à feux aux conditions fixées par le même article[400]. La Cour insiste enfin d'une part sur la différence entre les notions de « traitements inhumains ou dégradants » et de « torture », d'autre part sur le fait que les exigences croissantes en matière de droits de l'homme impliquent « une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques ».

L'article 3 de la Convention a une force absolue. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, en ce qu'elle protège l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, ne souffre donc nulle dérogation[401], même en cas de danger

[396] CEDH, 1er avril 2004, *Rivas c/ France*, requête n° 59584/00.
[397] CEDH, 19 mai 2004, *R.L. et M.-J.D. c / France*, requête n° 44568/98, § 134.
[398] CEDH, 13 juin 2002, *Anguelova c/ Bulgarie* ; 22 juillet 2003, *Ayse Tepe c/ Turquie* ; 25 octobre 2005, *Fedotov c/ Russie*.
[399] CEDH, 18 octobre 2001, *Indelicato c/ Italie, J.C.P.*, 2002.I.105, note F. SUDRE.
[400] CEDH, 23 février 2006, *Tzekov c/ Bulgarie, J.C.P.*, 2006.I.164, note F. SUDRE.
[401] Réformant une décision d'une cour d'appel ayant admis la validité d'aveux extorqués sous la torture dès lors que des agents britanniques n'étaient pas impliqués, la Chambre des Lords a rappelé avec force dans un arrêt rendu le 8 décembre 2005, à l'unanimité des sept Law Lords que de tels aveux-y compris en matière de terrorisme- n'avaient aucune valeur devant une juridiction britannique, V. Frédéric DEBOVE et François FALLETTI, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 508.

public menaçant la vie de la nation[402]. Le droit français a repris le paradigme de la dignité humaine garante de l'intégrité et du respect de l'être humain, prévu par l'article 3.

B. TEXTES ET JURISPRUDENCE INTERNES

Le droit interne reprend la notion de la dignité prévue par la Convention européenne des droits de l'homme[403]. Cette notion est mentionnée expressément pour les fouilles imposées aux détenus. Ainsi, l'article D. 275 du Code de procédure pénale exige que cette fouille ait lieu dans des conditions qui « tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ».

En outre, le principe de dignité trouve des applications indirectes dans les dispositions du Code relatives à la garde à vue. La personne subissant cette mesure a le droit de consulter un médecin[404]. La durée des interrogatoires, dont elle fait l'objet, doit être consignée dans le procès-verbal d'audition ainsi que les périodes de repos et les heures auxquelles elle a pu s'alimenter[405]. Alors que ces dispositions ne font pas état de la dignité de la personne de façon explicite, la circulaire Crim 00-13 F du 4 décembre 2000 évoque toutefois, sans ironie, que celles-ci ont pour fondement la volonté du législateur de protéger « *la dignité des personnes gardées à vue* ». Il exige fort heureusement des enquêteurs qu'ils protègent la dignité et même la pudeur des personnes lors de la réalisation de ces actes, exécutés par des médecins.

Le droit interne a dû appliquer les principes de la Convention européenne des droits de l'homme, qui, en matière d'interrogatoire et de garde-à-vue, tend à interdire l'emploi de moyens affectant le libre-arbitre, dans le but d'obtenir des aveux. On ne peut par conséquent fonder une décision sur des aveux qui auraient été obtenus par la violence, par la torture ou par des traitements inhumains ou dégradants. Les dispositions du Code de procédure pénale s'harmonisent donc avec les exigences européennes.

---

[402] CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 25, dans cet arrêt, la cour avait à connaître de traitements infligés à des personnes soupçonnées de terrorisme durant leur garde à vue avec pour but de leur arracher des aveux, renseignements ou dénonciations. Le Royaume-Uni a été condamné pour traitements inhumains et dégradants.

[403] Art. préliminaire C. pr. pén.: « *Les mesures de contrainte doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne* ».

[404] Art. 63-3 C. pr. pén.

[405] Art. 64 C. pr. pén.

Ainsi, les policiers et les gendarmes n'ont pas le pouvoir d'user, dans le recueil de la preuve, des brutalités ou de violences physiques ou morales[406]. La production de la preuve ne peut en aucune manière s'accompagner d'actes de tortures ou de traitements inhumains et dégradants singulièrement à l'égard d'une personne privée de sa liberté[407]. Admis sous l'ancien droit, l'ordalie ou l'aveu obtenu par la torture sont aujourd'hui intolérables. Les traitements brutaux, les pressions morales[408], les coups et autres sévices physiques[409] sont formellement prohibés ; ces actes sont de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier et briser éventuellement la résistance du mis en cause. Par exemple, les menaces, les promesses ainsi que tout interrogatoire de la personne mise en examen, mené pendant de nombreuses heures sans un moment de repos[410], peuvent être attentatoires à la dignité de la personne qui en est l'objet. Il en est également des procédés scientifiques destinés à obtenir un aveu comme le polygraphe, la narco-analyse[411], la narcose[412], ainsi que des moyens chimiques ou médicaux destinés à forcer la volonté d'une personne qui n'est donc pas libre[413], tant il vrai qu'il ne saurait exister de « torture propre ». Ainsi en va-t-il du détecteur de mensonges, car bon instrument d'analyse de l'émotivité, il ne prouve rien dans la mesure où un sujet spécialement émotif peut déclencher l'enregistrement sans qu'il y ait mensonge ; au surplus, l'appareil aurait l'inconvénient de révéler des signes qui ne sont pas sous la domination de la volonté du sujet, ce qui est contraire au droit élémentaire de se défendre. De même, les méthodes diminuant la volonté, telle l'hypnose sont condamnées. La Cour de cassation a été confrontée, il y a quelques années, au problème du témoignage sous hypnose[414]. En l'espèce, le magistrat instructeur avait procédé à l'audition d'un témoin par des officiers de police judiciaire, ledit témoin ayant été préalablement hypnotisé par un expert. La chambre criminelle a rejeté ce témoignage en rappelant le principe que « *si le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder à tous actes*

[406] CEDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, *J.C.P*., 2007.I.106, note F. SUDRE.
[407] Crim., 18 février 1954, *D*., 1954.165.
[408] Menaces avec une seringue, répétition anormale des interrogatoires.
[409] Privation de sommeil ou de nourriture.
[410] Crim., 26 février 1991, *Bull. crim*., n° 97 ; 10 mars 1992, *Bull. crim*., n° 105, la preuve ne pouvait valablement résulter de la prolongation anormale des interrogatoires.
[411] Affaire du penthotal dit sérum de vérité, T. corr. Seine, 28 février 1949, *J.C.P*., 1949.II.4786, note RV.
[412] En France, le tribunal criminel de Seine a interdit l'emploi de la narcoanalyse (sérum de vérité) dans une décision du 23 février 1949. Pourtant, cette interdiction ne remet pas en cause la validité du « narco-diagnostique », c'est-à-dire l'utilisation de la narcose dans le cadre d'une expertise médicale pour faire la lumière sur la personnalité du sujet.
[413] Ces méthodes portent atteintes à la volonté de l'homme, leur admissibilité en justice est dès lors contestable.
[414] Crim., 12 décembre 2000, *Bull. crim*., n° 369, *D*., 2001.1340, note D. MAYER et J.F. CHASAING, *J.C.P*., 2001.II.10495, note C. PUIGELIER, *Droit pénal* 2001, comm. 38, obs. A. MARON, *Procédures* 2001, comm. 70, obs. J. BUISSON, *R.S.C*., 2001.610, obs. GIUDICELLI.

d'information utiles à la manifestation de la vérité, encore faut-il qu'il se conforme aux dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves ». En pareil cas, le procédé semble illégal en ce qu'il vient réduire considérablement le libre-arbitre de celui qui y est soumis. En outre, comment s'assurer que sous l'effet de l'hypnose, le témoin ne divague pas? La vérité, ici, peut aisément être viciée. La solution a été étendue à l'interrogatoire d'un suspect sous hypnose[415].

En outre, dans deux espèces[416], un individu alléguait que sa garde à vue s'était déroulée dans une atmosphère de tension et de fatigue ; la chambre criminelle rejette le pourvoi formé par celui-ci en soulignant la fausseté de ces allégations, d'où l'on peut déduire a contrario qu'elle l'aurait accueilli si ces faits avaient été avérés[417]. En revanche, les procédés destinés à prouver la réalité d'une infraction ou l'identité du délinquant tels que l'identification du délinquant par photographie ou la preuve de l'état d'ivresse par analyse de l'alcoolémie sont admis.

Au surplus, le conseil constitutionnel adopte une conception très large de la dignité. En effet, au sens de l'article 55-1 du Code de procédure pénale, les enquêteurs peuvent procéder à des prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec des traces ou indices prélevés sur les lieux. Le conseil déclare cette disposition conforme à la constitution, dès lors que les prélèvements ne comportent aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés[418]. Les prélèvements sanguins ou génétiques nécessitent donc le consentement de la personne concernée, conformément au principe général d'inviolabilité du corps humain. Pourtant, la loi autorise certains prélèvements forcés[419] ; le droit à l'intégrité physique n'étant pas un principe à valeur constitutionnelle. La Cour de Strasbourg avait d'ailleurs déjà admis que le prélèvement de sang ou de salive contre la volonté d'un suspect dans le cadre d'une enquête sur une infraction n'enfreignait pas l'article 3 de la Convention européenne[420].

[415] Crim., 28 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 248, *J.C.P.*, 2002.IV.1184.
[416] Crim., 26 février 1991, op. cit. ; 10 mars 1992, op. cit.
[417] Jean Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., p. 370.
[418] Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.
[419] Art. 706-56-I, al. 5 C. pr. pén.
[420] CEDH, 4 décembre 1978, *X. c/ Pays-Bas*, requête n° 8239/78.

En définitive, le principe de légalité fait obstacle à ce que soient utilisés des procédés de preuve contraires à la dignité de la personne. A vrai dire, il importe à la dignité de la justice et au respect qu'elle doit inspirer, de ne mettre en œuvre aucun moyen qui attente à la dignité de la personne, d'où résulte le rejet de moyens de preuve obtenus par la torture ou par des traitements inhumains ou dégradants. Le moyen de preuve est donc licite quand il est fiable et quand il respecte la dignité de l'homme. Mais, si le respect de la dignité humaine est un principe qui ne souffre aucune exception, le droit au respect de la vie privée peut, selon les dispositions de la Convention européenne, subir des restrictions, à la condition qu'elles apparaissent nécessaires dans une société démocratique.

&II. LE RESPECT DU DROIT A LA VIE PRIVÉE

Les agents de la force publique n'ont pas le droit de recourir à tout procédé. En effet, les actes qui heurtent certaines valeurs comme l'intimité de la vie privée, de la correspondance et du domicile seront interdits. Pourtant, des circonstances particulières pourront neutraliser de telles valeurs et justifier le recours à ces actes. Dès lors, une proportion entre les moyens mis en œuvre et l'objectif qu'il faut atteindre est exigée.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit la protection de la vie privée, du domicile et de la correspondance. La Cour européenne a conféré à ces trois garanties un contenu évolutif, qu'elle adapte aux changements affectant les mœurs et les enjeux sociaux[421]. Dans tous les cas, il s'agit essentiellement de prémunir les personnes contre les intrusions arbitraires dans leur intimité, émanant des autorités publiques. Cependant, les droits ainsi énoncés restent relatifs : l'alinéa 2 de l'article 8 a prévu, comme une exception au principe, la faculté pour un Etat membre d'aménager une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de ces droits, à condition que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

[421] Natalie FRICERO, *Droit européen des droits de l'homme*, Gualino, 2007, p. 81.

Les ingérences dans la vie privée sont donc possibles, dans la mesure où les exigences de l'article 8, alinéa 2 sont respectées, à savoir l'existence d'une loi, d'un but légitime et d'un rapport de proportionnalité entre le but recherché et les moyens employés. La Cour européenne des droits de l'homme opère un contrôle sur la source, sur la légitimité du but et sur la proportionnalité de la mesure. Interprétant la première de ces conditions, elle a retenu que la loi par laquelle l'ingérence doit avoir été prévue n'est-elle pas forcément une loi au sens formel du terme : une loi matérielle d'origine réglementaire ou jurisprudentielle peut suffire ; ce qui est en faveur de l'intérêt général de la société[422]. En revanche, il est exigé, dans l'intérêt de l'individu, que la loi soit accessible et prévisible pour permettre au citoyen de régler sa conduite[423]. La Cour de Strasbourg a rappelé dans plusieurs arrêts la nécessité d'un équilibre entre, d'une part, le droit des personnes à voir respecter leur vie privée et leur domicile et, d'autre part, les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble[424].

Ainsi, le juge européen va contrôler que les atteintes aux droits fondamentaux sont à la fois nécessaires à la poursuite d'un but légitime, mais aussi proportionnées au but recherché. D'ailleurs, la jurisprudence européenne a opéré ce contrôle dans de nombreuses situations. Il s'agit, par exemple, des perquisitions nocturnes[425] et des sonorisations et fixations d'images[426]. Elle a également fait application de l'article 8 aux interceptions téléphoniques[427]. Ainsi, dans l'affaire *Klass c/ Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que « les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire »[428]. La Cour reconnaît donc les interceptions comme une méthode d'investigation criminelle acceptable, malgré leur caractère attentatoire à la vie privée.

---

[422] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 4e éd., Dalloz, 2008, p. 82.
[423] CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 82, p. 30-31, § 64.
[424] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemetz c/ Allemagne*, *R.T.D.H.*, 1993.467 ; 8 juillet 2003, *Hatton et a. c/ Royaume uni*.
[425] CEDH, 25 février 1993, *Funke c/ France*, Série A, n° 256-A ; 25 février 1993, *Crémieux c/ France*, Série A, n° 256-B ; 25 février 1993, *Miailhe c/ France*, Série A, n° 256-C, le déroulement de la perquisition doit être encadré par des garanties adéquates et suffisantes contre les abus, de sorte que les ingérences doivent être raisonnablement proportionnées à la poursuite des buts légitimes visés.
[426] CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, requête n° 59842/00 ; 20 mars 2006, *Wisse c/ France*, requête n° 71611/01.
[427] CEDH, 24 avril 1990, *Krüslin et Huvig c/ France*, Série A, n° 176-A ; CEDH, 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, Série A, n° 226-A, p. 25, § 72.
[428] CEDH, 6 septembre 1978, *Klass c/ Allemagne*, Série A, n° 28, p. 21, § 41.

Cependant, elle ne le fait qu'avec beaucoup de réserve, en soulignant en particulier la nature exceptionnelle de ce moyen d'investigation et en imposant sa description explicite et détaillée par la loi[429]. En d'autres termes, les interceptions téléphoniques sont légitimes pour défendre l'Etat démocratique contre les menaces terroristes et la délinquance, mais des garanties doivent permettre d'éviter l'arbitraire, à savoir : le système doit reposer sur une loi précise, viser une personne déterminée suspectée d'avoir commis des infractions particulières ; le processus doit respecter les droits de la défense, prévoir des conditions de temps et de lieux précises et définir les procédés de transcription[430]. La cour avait donc là à établir un équilibre particulièrement délicat entre l'intérêt de l'individu et l'intérêt de la société en général.

Le non-respect de la correspondance peut également entraîner la violation d'un autre droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit du « droit à un procès équitable et à une défense effective », lorsque l'interception concerne la correspondance professionnelle d'un avocat. Le non-acheminement du courrier d'un avocat à son client détenu constitue une violation de l'article 8[431]. De plus, la relation entre l'avocat et son client repose sur une confidentialité protégée pour garantir la confiance dans les droits de la défense[432]. Ce problème doit être lié à celui de la protection du cabinet de l'avocat dans le cadre des perquisitions et saisies de documents : les locaux professionnels des avocats sont protégés au titre de l'article 8, et les interceptions ne sont conformes que si elles offrent des garanties suffisantes au regard de la Convention européenne[433]. Cet article permet ainsi de limiter les saisies aux seuls indices révélant que l'avocat a participé à une infraction, avec des garanties procédurales importantes[434].

Prenant appui sur la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que sur la jurisprudence de la Cour européenne, le droit français a réglementé les perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat. Il prohibe, en effet, l'administration des preuves incompatibles

[429] Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni, *art. préc*.
[430] Natalie FRICERO, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 90.
[431] CEDH, 30 janvier 2007, *Ekinci et Akalin c/ Turquie*, requête n° 77097/01.
[432] Natalie FRICERO, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 90.
[433] Ibid.
[434] CEDH, 25 mars 1992, *Campbell c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 233 : les lettres échangées entre un détenu et son avocat ou entre un détenu et les organes de contrôle strasbourgeois jouissent d'un statut privilégié en vertu duquel les autorités pénitentiaires ne peuvent invoquer la nécessité de les ouvrir que dans les cas exceptionnels où il y a lieu de croire, soit à un abus de ce privilège, soit à la possibilité de découvrir un élément illicite non révélé par les moyens normaux de détection.

avec le respect des droits de la défense. Sous l'impulsion de la Cour européenne interprétant l'article 6, §3 de la Convention, cette règle s'applique non seulement à la phase de jugement, mais aussi à la phase préparatoire au procès pénal. Il est ainsi impossible de faire état de la correspondance échangée par un avocat et son client[435]. Les droits de la défense interdisent en principe de puiser un élément de preuve dans les correspondances entretenues entre la personne poursuivie et son défenseur, y compris les correspondances écrites[436]. Une dérogation est toutefois admise, lorsqu'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction[437]. En revanche, la saisie de documents étrangers à l'exercice des droits de la défense chez le conseiller juridique ou fiscal ne porte pas atteinte au secret professionnel[438].

En définitive, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, les intrusions étatiques dans l'intimité des personnes ne peuvent être légitimes, dans une société démocratique, qu'à la double condition d'avoir été prévue par une loi claire et précise et d'être nécessaire à la préservation d'un des buts légitimes visés par l'article 8, §2, notamment la poursuite d'auteurs d'infractions pénales. C'est grâce à cette réserve que sont possibles les perquisitions, les écoutes téléphoniques et les sonorisations et fixations d'images en droit interne. Le législateur s'est efforcé de réglementer expressément ces situations extrêmement dangereuses pour les droits fondamentaux et d'harmoniser la législation aux impératifs posés par la Convention.

Pour bien insister sur leur application, la loi du 15 juin 2000 a inscrit que toute mesure de contrainte devait être « strictement limitée aux nécessités de la procédure, proportionnée à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité humaine[439] ». Le principe de proportionnalité apparaît donc comme un instrument de contrôle des mesures qui portent atteinte aux libertés et droits fondamentaux. Aussi, la mise en œuvre de la nécessité et de la proportionnalité par le législateur fait l'objet d'un contrôle par le conseil constitutionnel.

---

[435] Art. 432 C. pr. pén. : « *La preuve par écrit ne peut résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat* ».
[436] T. corr. Paris, 19 mars 1974, *Gaz. Pal*., 1974.1.376.
[437] Crim., 18 janvier 2006, *Bull. crim*., n° 22, *AJ pénal* 2006, 126, note C. GIRAULT, *Gaz. Pal*., 2006, 7, note Y. MONNET, *Procédures* 2006, comm. 85, note J. BUISSON, *R.S.C.,* 2006.413, note J. BUISSON : Il résulte des textes 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, 100-5 et 206 du Code de procédure pénale et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure que s'il apparait que son contenu est de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction.
[438] Crim., 5 juillet 1993, *Bull. crim*., n° 236.
[439] Art. préliminaire C. pr. pén.

Dans sa décision du 2 mars 2004[440], ce dernier a affirmé que le législateur peut prévoir des mesures d'investigation en vue de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs ; mais ces mesures doivent être conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle. Encore, faut-il que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ; il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, dans les conditions prévues par la loi[441].

Plusieurs dispositions du Code de procédure pénale tâchent de concilier la recherche des preuves avec le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale. Ainsi, l'article 56, alinéa 1 du Code de procédure pénale dispose que si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. La perquisition n'est donc possible qu'au domicile de la personne qui paraît avoir participé au crime. Elle doit alors respecter les conditions de fond et de forme visées par les textes qui la régissent.

Les mêmes efforts de conciliation apparaissent dans le cadre de l'instruction préparatoire. Par exemple, pendant longtemps, les opérations de sonorisation et fixation d'images étaient interdites. La loi du 9 mars 2004 a légalisé ce procédé[442]. Toutefois, elle n'y autorise le recours que lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit organisé entrant dans la liste fixée par l'article 706-73 du Code de procédure pénale l'exigent.

Semblablement, le législateur français a réglementé la mise sur écoute téléphonique. Elle est possible dans le cadre d'une instruction préparatoire à l'initiative du magistrat

[440] Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 rendue à propos de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, préc.
[441] Cette application de la nécessité et de la proportionnalité illustre le principe visé à l'article préliminaire du Code de procédure pénale selon lequel la restriction des droits fondamentaux dans le procès pénal dépend de la gravité de l'infraction poursuivie.
[442] Art. 706-96 à 706-102 C. pr. pén.

instructeur. Mais, elle ne peut intervenir qu'en matière de crime ou de délit faisant encourir une peine supérieure ou égale à deux ans d'emprisonnement, lorsque les nécessités de l'information l'exigent. Les écoutes devront alors obéir aux formes prescrites par les articles 100 et suivants du Code de procédure pénale. L'intervention du législateur en 2004 n'a rien changé au sujet des écoutes téléphoniques. Il est constant que les membres de la police judiciaire ne peuvent d'office utiliser un tel procédé. Seul le juge des libertés et de la détention peut l'ordonner, à la requête du ministère public, lorsque les nécessités de l'enquête relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du même Code l'exigent.[443]

Néanmoins, la jurisprudence française se montre d'une grande souplesse dans la recevabilité des preuves qui résultent d'une ingérence dans la vie privée. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que l'observation faite au moyen de jumelles depuis l'extérieur d'une propriété, ne constitue pas une atteinte à l'intimité de la vie privée, si elle est effectuée dans le cadre d'une enquête destinée à constater une infraction et à en rassembler les preuves[444]. De même, la constatation d'une infraction d'excès de vitesse, au moyen d'un cinémomètre associé à un appareil de prise de vue ne méconnaît pas le principe du respect de la vie privée[445].

Enfin, la recherche des indices implique le respect effectif de la liberté d'expression.

&III. LE RESPECT DE LA LIBERTÉ D'EXPRÉSSION

La recherche de la preuve peut être confrontée au respect du secret professionnel des journalistes. Aux termes de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisation. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi,

[443] Art. 706-95 C. pr. pén., issue de la loi du 9 mars 2004.
[444] Crim., 23 août 1994, *Bull. crim.*, n° 291.
[445] Crim., 7 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 189.

qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Pour l'application dudit article, la Cour européenne considère qu'il convient de préserver la balance des intérêts en présence, à savoir la protection des sources, d'une part, et la prévention et le répression des infractions, d'autre part. Ainsi, dans un arrêt Roemen c/ Luxembourg, elle a conclu à la violation de l'article 10 en soulignant que les enquêteurs, munis d'un mandat de perquisition, dans une hypothèse où le journaliste avait commis d'infraction dans le cadre de l'exercice de ses fonctions professionnels, avaient des pouvoirs d'investigation très larges du fait qu'ils pouvaient, agissant sur le lieu de travail dudit journaliste et accéder à toute la documentation que celui-ci détenait[446]. Après avoir révélé que la presse joue un rôle éminent dans une société démocratique dès lors qu'elle respecte les limites tenant au respect de la réputation et des droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, elle a considéré qu'il convient d'apprécier avec la plus grande prudence la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de chiens de garde de la démocratie, en rappelant que l'article 10 protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foie, sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique journalistique, ce qui était le cas en l'espèce[447].

Le Code de procédure pénale consacre expressément ce principe, en assurant la protection des sources des journalistes. L'article 109 dudit Code, issu de la loi du 4 janvier 1993, prévoit que tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine. Cette disposition interdit ainsi qu'un journaliste puisse être, comme tout autre justiciable, condamné à une amende s'il refuse de témoigner devant une juridiction d'instruction ou de jugement parce qu'il désire maintenir

[446] CEDH, 25 février 2003, *Roemen c/ Luxembourg, D.*, 2003, Somm. 2271, obs. N. FRICERO.
[447] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 438.

le secret de ses sources. Dès lors, une ordonnance de divulgation obligeant un journaliste de révéler l'identité de son informateur constitue une atteinte au droit de la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, sauf si cette mesure se justifie par un intérêt prépondérant d'ordre public[448]. Pour autant, si le législateur interdit à l'autorité judiciaire de faire injonction à un journaliste de révéler ses sources, il ne saurait l'empêcher de procéder à des perquisitions au sein d'une entreprise de presse afin d'y trouver les noms que les journalistes ont le droit de ne pas révéler. L'article 56-2 du Code de procédure pénale prévoit que les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle sont réservées aux magistrats, qui veillent à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste, au secret des sources en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et ne constituent pas un obstacle ou n'entrainent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information[449].

La chambre criminelle souligne que la perquisition n'est licite que si elle est nécessaire et proportionnée au but poursuivi, au regard de l'article 10, & 2 de la Convention européenne des droits de l'homme[450]. Plus précisément, la Cour de cassation a validé, en application des normes conventionnelles et de droit interne, la perquisition effectuée dans une entreprise de presse, dans le cadre d'une information ouverte pour atteinte à l'intimité de la vie privée, conservation et publication de documents obtenus par une telle atteinte, pour y retrouver les noms des photographes en cause, dès lors qu'elle était nécessaire et proportionnée[451].

Toutefois, le secret professionnel peut être dévoilé lorsqu'il s'avère strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense. Si la loi accorde une protection accrue aux journalistes, tout en protégeant leurs sources, ces derniers sont tenus, en revanche, de respecter le secret de l'enquête. Pourtant, la Cour de cassation a jugé qu'un journaliste ne peut être poursuivi pour recel de violation du secret de l'instruction, au motif qu'il a détenu et produit en justice des copies de pièces issues d'une instruction pénale en cours, lorsque la production de ces pièces par l'intéressé a été rendue nécessaire pour sa défense dans une

[448] CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*.
[449] Crim., 29 novembre 1995, *Bull. crim*., n° 363.
[450] Crim., 5 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 362, *J.C.P.*, 2001.II.10615, note P. CONTE.
[451] L'acte d'investigation, limité dans le temps et l'espace, étant le seul susceptible d'aider à la recherche des auteurs et complices des faits poursuivis.

instance engagée à son encontre[452]. Il s'ensuit que le journaliste qui a commis l'infraction n'est pas pénalement responsable lorsqu'il a recueilli la preuve dans le but d'exercer ses droits de la défense en justice.

En résumé, quand bien même, en droit pénal, la liberté soit en principe totale, la manifestation de la vérité ne peut se faire à n'importe quel prix. Dans le souci de limiter les atteintes aux libertés individuelles, le législateur a réglementé les différents moyens habituels d'obtention d'éléments de preuve, afin que soit préservé un équilibre acceptable entre la protection de la société et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. En d'autres termes, il a défini un certain nombre des opérations grâce auxquelles l'enquêteur pourra procéder à ses recherches. Mais, à côté du dispositif légal se mettent en place certains procédés, échappant à toute réglementation, destinés à faciliter la découverte de la vérité. Ce sont ces procédés qu'il nous faut envisager maintenant au titre des actes d'investigation non réglementés par la loi.

[452] Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 132.

TITRE II

LES ACTES D'INVESTIGATION NON REGLÉMENTES PAR LA LOI

Pour rassembler les preuves des infractions, en rechercher et en juger les auteurs, la police judiciaire et les magistrats ne sauraient, en dehors des prévisions légales, prescrire ou exécuter une mesure portant atteinte aux libertés et droits de la personne.

En réalité, le principe de liberté des modes de preuves qui différencie la procédure pénale de la procédure civile n'emporte pas celle de leur administration, de sorte que les preuves sont soumises au principe de légalité. Elles doivent donc être recueillies conformément aux formalités légales. Aussi, ce principe de légalité se doublerait-il de l'exigence de loyauté dans la recherche des preuves. Le professeur PRADEL note que la recherche ou l'administration des modes de preuve obéit à deux principes généraux ; la légalité doit être entendue largement puisque, au dessus des règles, existe un principe de loyauté qui oblige à rechercher des preuves selon des normes conformes à la morale[453].

Historiquement, la violation des libertés et droits fondamentaux et la dangerosité de certaines méthodes d'investigation ont contribué à l'affirmation doctrinale d'une obligation de loyauté. La doctrine contemporaine semble en effet réprouver l'utilisation de procédés déloyaux aux fins d'établir la preuve de l'infraction. Selon P. BOUZAT, « *la loyauté n'est pas une notion juridique autonome et elle est intimement liée avec la moral contrairement à la liberté de la preuve qui est rattachée à des considérations sociales, c'est donc une manière d'être dans la recherche des preuves*[454]*, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice*[455]». Pour M. PRADEL, « *il est plus facile de définir la loyauté par son contraire : il y a déloyauté lorsque l'enquêteur ou le juge d'instruction use de procédés non conformes aux principes fondamentaux de notre ordre juridique pour obtenir des éléments de preuve ; la déloyauté évoque la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces, tous agissements réduisant ou supprimant le libre-arbitre*[456]*».*

Cet impératif de loyauté semble indispensable à l'image de la justice. Le procès pénal ne saurait échapper aux règles morales d'une société dont il est chargé d'assurer la paix. Le doyen BOUZAT, dans son article consacré à la loyauté dans la recherche de la preuve,

[453] Jean PRADEL *Procédure pénale*, op. cit., p. 323
[454] La loyauté est « une manière d'être » que le juge seul, sous le contrôle de la cour de cassation, appréciera au cas par cas en vérifiant « que la règle » selon laquelle la recherche des preuves doit être loyal a bien été respectée.
[455] Pierre BOUZAT, « *La loyauté dans la recherche des preuves* », *Mélanges Hugueney, S.*, 1964.20.172.
[456] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 373.

souligne que « *la justice doit inspirer confiance et respect. Elle doit mener sa lutte ingrate contre les délinquants avec dignité : on comprendrait mal qu'elle utilisât pour confondre les malfaiteurs les moyens qu'elle leur reproche d'employer* ». La loyauté dans la recherche des preuves contribue donc à la crédibilité de la justice, à la conformité de son fonctionnement à une norme éthique supérieure, faisant ainsi accepter moralement l'autorité de cette institution.

Néanmoins, malgré son caractère indispensable, aucune disposition textuelle expresse n'évoque l'exigence de loyauté en matière de preuve pénale. Ce silence des textes prête à réflexion. Est-ce sciemment que le législateur ne l'a pas introduite au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale refusant ainsi de l'ériger en principe directeur du procès pénal? Il est d'ailleurs significatif à cet égard que lors de la discussion devant l'Assemblée nationale du projet de loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence, a été rejeté un amendement parlementaire, visant à introduire dans le Code de procédure pénale cette exigence de loyauté dans l'obtention des preuves. Certains auteurs justifient cela en conférant à l'exigence de loyauté un caractère de prééminence: il s'agirait d'un véritable principe de droit naturel, qui s'imposerait à tout individu et ce, sans qu'il soit nécessaire de le préciser dans une quelconque disposition. Ainsi, « si le principe n'est pas exprimé dans un texte, c'est sans doute qu'il est vu comme un principe processuel de droit naturel, une règle inhérente à toute procédure, une exigence d'essence supérieure »[457].

Le principe de loyauté étant la grande absence de la loi sur la présomption d'innocence, il n'en constitue pas moins, de l'avis unanime, un principe fondamental du droit répressif. La Cour de cassation y voit un principe général du droit[458]. La Cour européenne des droits de l'homme le rattache à l'égalité des armes ; elle en fait ainsi un élément du procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[459.] Loyauté de la preuve et procès équitable semblent ainsi entretenir des liens ambigus et étroits.

Dans sa lutte contre la délinquance, la justice a par conséquent l'obligation de se comporter avec dignité en refusant d'employer des procédés, non dépourvus de toute

[457] A. LEBORGNE, « *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », RTDC* 1996, p. 535
[458] Crim., 30 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 59.
[459] CEDH, 12 juillet 1988, *Schenck c/ Suisse*, Série A, n° 140 ; 6 décembre 1988, *Barbera, Massegue et Jabordo c/ Espagne*, Série A, n° 146 ; 9 juin 1998, *Texeira de Castro c/ Portugal*, *J.C.P.*, 1999.I.105, obs. F. SUDRE, *R.S.C.*, 1999.401, obs. KOERING-JOULIN.

efficacité probatoire, mais contraires à la confiance et au respect qu'elle doit inspirer[460]. La recherche des preuves doit être menée de façon digne et franche, à visage découvert, sans qu'un piège soit tendu au suspect ni qu'un stratagème soit utilisé pour le confondre. Le bon fonctionnement de la justice pénale rejette les preuves issues de l'emploi de procédés utilisés par les délinquants eux-mêmes.

Cependant, à partir du moment où, en France, le législateur a fait le choix d'ouvrir largement le droit, pour une personne physique ou une personne morale, d'engager l'action publique en se constituant partie civile, la question se pose nécessairement de savoir si les preuves produites par une partie privée (Chapitre II) doivent ou non être soumises aux mêmes exigences que celles émanant des autorités policières et judiciaires[461] (Chapitre I).

CHAPITRE I : Les preuves recueillies par les autorités policières et judiciaires
CHAPITRE II : Les preuves produites par les parties privées

[460] Pierre BOUZAT, « *La loyauté dans la recherche des preuves », art. préc.*, p. 165
[461] M. Pascal LEMOINE, « *La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle* », http://www.courdecassation.fr/article6401.html

CHAPITRE I

LES PREUVES RECUEILLIES PAR LES AUTORITÉS POLICIÈRES ET JUDICIAIRES

Délinquance et criminalité ont évolué avec le recours aux nouvelles technologies, aussi bien pour commettre l'infraction que pour tenter d'empêcher l'identification de leurs auteurs ; les infractions deviennent plus sophistiquées, élaborées et occultes. La justice pénale se trouve alors contrainte d'adapter dans une certaine mesure ses moyens de recueillir les preuves à cette nouvelle criminalité. On parle donc de pièges ou d'artifices pour désigner les stratagèmes par lesquels les enquêteurs parviennent à surprendre des malfaiteurs, en dépit des précautions qu'ils prennent pour agir impunément. Pourtant, la loyauté impose que la preuve ne soit pas obtenue par n'importe quel moyen, notamment par le biais de manœuvres.

La jurisprudence pénale a progressivement dégagé une exigence de loyauté dans la recherche des preuves pénales. Une telle exigence est nécessaire dans un Etat de droit, car elle représente la garantie de l'honnêteté des agents chargés des investigations. Certains auteurs voient dans l'obligation faite aux investigateurs de se comporter loyalement un « élément pondérateur » qui protégeait l'individu contre d'éventuels abus, en imposant un certain style à l'enquête. La loyauté intervient donc comme une limite au principe de liberté des preuves et réduit considérablement l'action des enquêteurs dans la recherche des preuves.

Dès lors, la recherche de la vérité doit être conduite selon des procédés corrects, en harmonie avec les valeurs morales attachées au respect de la dignité de la justice.
La chambre criminelle continue de faire preuve de rigueur lorsqu'elle doit se prononcer sur la régularité d'une preuve produite par les autorités judiciaires et policières. C'est ce que l'on va voir en examinant successivement les agissements réalisés par provocation (section I), les informations obtenues par des stratagèmes (Section II) et les détournements de procédure (Section III).

SECTION I
PROVOCATION POLICIÈRE

La provocation consiste à dissimuler sa qualité pour approcher des délinquants potentiels ou suspectés et constater leurs infractions. Aucune définition de la provocation n'est donnée par la loi ou par la jurisprudence. Cependant, à partir des affaires où les juges ont décidé qu'il y avait provocation, on peut définir celle-ci comme le fait pour un enquêteur d'inciter directement quelqu'un à commettre une infraction par l'emploi de moyens fallacieux et mensongers, comme l'offre d'un avantage ; le plus souvent, le provocateur agit par tromperie et en secret[462]. Plus précisément, l'enquêteur fait renforcer l'intention criminelle chez celui qui réalisera l'infraction, l'amenant ainsi à commettre une infraction, qu'il n'aurait sans doute pas commise en l'absence de pressions[463]. Le provocateur commet un acte positif consistant en une pression sur la volonté de celui qui va commettre l'infraction[464].

Il est clair qu'un magistrat ne peut se faire passer pour quelqu'un d'autre ; la provocation lui est interdite. Cette règle vaut également pour les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire. Cependant, l'obligation d'impartialité énoncée par l'article 6, &1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne concerne pas les policiers agissant de leur propre initiative, dans la mesure où ils ne sont pas tenus de faire connaître leur qualité avant de faire des constatations. Ce faisant, la jurisprudence leur reconnaît le droit d'employer la ruse et la dissimulation pour parvenir à leurs fins : ils peuvent ainsi se déguiser, se cacher sous des apparences trompeuses, infiltrer un réseau de trafiquants de stupéfiants, se présenter comme acheteurs de drogue ou encore enregistrer indiscrètement une conversation publique. Pourtant, jamais les policiers ne doivent pousser un indécis à commettre une infraction.

L'utilisation de certaines formes de ruse ou mensonge n'est donc naturellement pas prohibée durant l'enquête de police, à condition que le comportement de l'agent ait simplement servi de révélateur au délit et n'ait pas soumis le prévenu à une contrainte, caractérisée par une provocation à commettre l'infraction reprochée, qui annihile la volonté de

[462] V. E. VERGES, *« Provocation policière : l'évolution de la jurisprudence »*, *AJ pénal* 2006, p. 354.
[463] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 376.
[464] Ibid.

ce dernier, et fait sorte qu'il n'est pas l'auteur moral du délit[465]. Il s'ensuit que la provocation est déloyale lorsqu'elle entraîne la commission d'une infraction qui, en son absence, ne serait pas produite – provocation à l'infraction -, mais licite quand elle a pour simple but d'obtenir la preuve d'une infraction préexistante – provocation à la preuve -[466] (&I). Cette différence a été légitimée par le législateur dans certains secteurs de la criminalité (&II).

&I. LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

La question de l'agent provocateur semble faire son apparition en France sous le régime de Vichy dans un contexte de pénurie et de marché noir[467]. Pour détecter les commerçants se livrant au marché noir, des agents de la police économique se firent passer auprès d'eux pour des acheteurs ordinaires et souvent les confondirent[468]. Les tribunaux ont considéré que la provocation laissait subsister la responsabilité du provoqué[469], sauf dans le cas exceptionnel où la provocation valait contrainte[470]. Mais, ces décisions ne statuent pas sur le plan de la preuve et de sa recevabilité malgré contrainte[471]. Aujourd'hui, la question de la provocation policière se présente à nouveau, mais sur le plan procédural.

En effet, durant l'enquête, il est admis que les policiers peuvent utiliser le mensonge et la ruse pour confondre les malfaiteurs. Tant qu'ils se bornent passivement à constater une infraction, ils n'agissent pas déloyalement. La chambre criminelle a refusé de voir dans les actes de l'enquêteur, qui s'était présenté comme un acheteur éventuel d'opium, une provocation, dès lors que l'intervention n'a en rien déterminé les agissements délictueux du prévenu, mais a eu seulement pour effet de permettre la constatation d'infractions déjà commises et d'en arrêter la continuation[472]. Par cet arrêt, la chambre criminelle confirme la décision de la Cour d'appel qui a déclaré le prévenu coupable d'infraction à la législation sur les stupéfiants et de détention sans titre de produits assujettis à justification d'origine et a refusé d'accueillir l'excuse de provocation policière, au motif que lorsque l'officier de police

[465] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 434.
[466] Crim., 17 octobre 1991, *Dr. pénal* 1992, comm. 27, *Gaz. Pal.*, 1992.I.96 ; 5 juin 1996, *Bull. crim.*, n° 240.
[467] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 376.
[468] Ibid.
[469] Trib. Corr. Toulouse, 13 mars 1942; Grenoble, 7 janvier 1943, D.C., 1943.94, note H. DONNEDIEU DE VABRES.
[470] Toulouse 23 avril 1942.
[471] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 376.
[472] Crim., 2 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 71, *Gaz. Pal.*, 1971.I.324 ; 22 juin 1994, *Bull. crim.*, n° 247.

judiciaire s'est fait passer pour un trafiquant de drogue, l'infraction était déjà sur la voie de sa réalisation.

Dans une affaire analogue, la Cour de cassation a confirmé sa position[473]. En l'espèce, un policier avait rencontré un consommateur de drogues, qui lui avait indiqué « un plan de crack ». Il avait alors été mis en présence de revendeurs de rue et assisté, avec des collègues, à une cession de stupéfiants à ce toxicomane. Il devait acheter cinq galettes du crack, qui lui était proposé pour une somme de 400 francs. Le vendeur avait alors été poursuivi pour vente de stupéfiants, mais il arguait de la nullité de la procédure. Pour les juges du fond, ainsi que pour la Cour de cassation, l'intervention du policier n'ayant pas déterminé les agissements délictueux, aucun excès de pouvoir n'avait été commis et aucune atteinte n'avait été portée aux intérêts des prévenus, d'où le rejet du pourvoi.

Il a, en outre, été jugé que le fait qu'à l'origine de la procédure, un agent de la police américaine et un indicateur se soient présentés comme d'éventuels acquéreurs de drogue est sans influence sur la validité de la poursuite, dès lors qu'il résulte des constatations des juges que cette circonstance n'a pas été déterminante des infractions retenues et qu'elle a seulement eu pour effet de permettre la constatation d'une activité délictueuse qui existait et d'en arrêter la continuation[474]. Il en est de même lorsqu'un officier de police judiciaire se fait passer pour l'ami d'une personne décédée par overdose et déclare vouloir acquérir de la drogue auprès d'un tiers soupçonné d'avoir fourni la dose mortelle. Par un arrêt rendu le 24 février 1999, la chambre a jugé que la preuve résultant de cette action ne constituait pas un stratagème déloyal susceptible de dénaturer l'opération de police et de la rendre illicite[475].

Aussi, des policiers peuvent-ils, par exemple, se faire passer pour des consommateurs anonymes dans un bar ouvert au public -à qui, de ce fait, deux prostituées ont fait des propositions tarifiées- pour mieux démontrer que le propriétaire d'un bar est le proxénète de prétendues hôtesses : il n'y a pas là de provocation policière déloyale, a estimé la Cour de cassation[476]. Celle-ci a considéré que « d'une part, les juges du fond ne se sont pas fondés sur

[473] Crim., 5 juin 1997, *Bull. crim*., n° 229, *D*., 1998, Somm. 173, obs. J. PRADEL, *Procédures* 1997, comm. 219, obs. J. BUISSON.
[474] Crim., 2 octobre 1979, *Bull. crim*., n° 266.
[475] Crim., 24 février 1999, *D*., 1999.560, note J. COULON.
[476] Crim., 17 octobre 1991, *Dr. pénal* 1992, comm. 27, *Gaz. Pal*., 1992.I, chron. 96, *J.C.P*., 1992.I.3551.

des témoignages anonymes mais sur les constatations effectuées par deux inspecteurs nommément désignés, qui se sont présentés comme des consommateurs anonymes, et que, d'autre part, l'intervention des policiers a eu pour seul effet de permettre la constatation d'une activité délictueuse et d'en arrêter la continuation ».

Semblablement, par un arrêt du 23 novembre 1999[477], la chambre criminelle a jugé légal le fait, pour un policier agissant en accord avec sa hiérarchie et sans aucune initiative de sa part, d'avoir simulé d'accepter la proposition, plusieurs fois réitérée, de fournir à des malfaiteurs préparant une action criminelle des renseignements contre rémunération ultérieure et de les avoir rencontré à cette fin à plusieurs reprises, sans jamais provoquer ces contacts. Elle a déclaré que la participation simulée de ce fonctionnaire de police à une action illicite n'avait pas vicié la procédure dès lors qu'elle n'avait pas provoqué, ni même déterminé, la personne à commettre le délit de corruption active de fonctionnaire.

En outre, le principe de loyauté des preuves n'interdit pas l'observation attentive et souvent dissimulée à laquelle se livrent nécessairement les policiers afin de caractériser l'existence d'une conduite répréhensible. Ainsi, la chambre criminelle a décidé qu'il n'y a pas provocation de la part des policiers qui se cachent dans le placard d'un bureau, pour y surveiller et transcrire une conversation et des gestes entre deux personnes dans une affaire de corruption[478]. S'il est exact que les policiers se sont cachés dans le bureau du maire avec son accord pour y surprendre la conversation qu'il a eue avec les inculpés, un tel procédé de la part des enquêteurs, demeurés passifs, qui « ont laissé faire les événements », était exclusif de toute provocation envers ces inculpés à commettre l'infraction de tentative de corruption qui leur est reprochée. En l'espèce, les policiers sont des simples observateurs n'ayant pas provoqué la commission de l'infraction. Dans la même logique, la chambre admet que des policiers puissent opérer des constatations depuis un lieu public à l'aide d'une paire de jumelles, car il s'agit là d'un comportement passif[479]. De même, le fait pour les policiers de se borner à des constatations sur un trafic de drogue, déjà en train de se commettre, ne porte pas atteinte au principe de loyauté[480].

[477] Crim., 23 novembre 1999, *Bull. crim.*, n° 269, *Gaz. Pal.*, 2000.I, chron. 1156, *Dr. pénal* 2000, comm. 82, obs. A. MARON.
[478] Crim., 22 avril 1992, *Bull. crim.*, n° 169, *D.*, 1995.59, note H. MATSOPOULOU, *Gaz.Pal.*, 1992.II.476.
[479] Crim., 23 août 1994, *Bull. crim.*, n° 291.
[480] Crim., 8 juin 2005, *Bull. crim.*, n° 173.

Dans ces différentes hypothèses, les procédés sont validés par la Cour de cassation au motif que « le policier se contente de constater le développement psychologique et matériel d'un processus infractionnel », mais ne pousse pas l'individu à commettre cette infraction. Dès lors, la provocation sera considérée comme valable lorsque le procédé sert seulement à faire apparaître la preuve d'une infraction qui, de toute façon, aurait été commise sans l'intervention du policier.

En revanche, la déloyauté est manifeste et vicie la procédure, dès lors que le policier devient actif dans le processus délictueux et provoque l'infraction. Il suffit qu'il s'agisse d'un véritable montage de nature à déterminer les agissements délictueux des individus pour que la preuve obtenue soit déloyale. Ainsi, dans une affaire célèbre de 1996[481], les fonctionnaires de police avaient prêté, de manière active, leur assistance à une provocation, organisée par le plaignant, ayant pour objet, non pas de constater un délit sur le point de se commettre, mais d'inciter un délinquant à commettre des faits pénalement répréhensibles, et de mettre en place une souricière en vue de son interpellation. La chambre criminelle a annulé la procédure dans laquelle le délinquant était poursuivi pour extorsion de fonds et trafic d'influence, au motif que la commission de ces infractions ayant été déterminée par une machination organisée par l'auteur de la remise de fonds avec l'assistance de la police. Elle a solennellement affirmé le principe selon lequel n'était pas admissible une preuve procédant d'une machination de nature à déterminer les agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves.

C'est surtout le contentieux des opérations de surveillance et de livraison contrôlée de stupéfiants qui a fourni à la chambre l'occasion d'affirmer sa doctrine et de sanctionner l'opération lorsqu'elle a été montée de toutes pièces par des fonctionnaires dont l'intervention a été déterminante de la commission des faits[482]. En l'espèce, les douaniers avaient amené de la cocaïne, qu'ils s'étaient procurée à Toulouse, dans un camion faussement immatriculé en Espagne. Ils avaient recruté séparément quatre italiens et les avaient réunis à Narbonne pour le chargement de ce qu'ils avaient présenté comme du cannabis. Au moment où ces individus étaient en train de charger 471 Kilos de cocaïne, les douaniers procédaient à leur interpellation. Ils furent poursuivis pour association de malfaiteurs, détention et transport de

[481] Crim., 27 février 1996, *Bull. crim*., n° 93.
[482] Crim., 5 mai 1999, *Bull. crim*., n° 87, *D*., 1999, Somm. 325, obs. J. PRADEL, *Dr. pénal* 1999, comm. 123, obs. A. MARON.

stupéfiants, détention sans justification d'origine de marchandises prohibées. Les prévenus invoquaient que l'affaire avait été montée de toutes pièces par les fonctionnaires des douanes. Ceux-ci prétendaient avoir agi sur le fondement de l'article 67 *bis* du Code des douanes. La Cour d'appel relaxa les personnes interpellées, relevant que la procédure avait « non pas révélé un trafic préexistant auquel se seraient associés volontairement les prévenus, aucun n'appartenant à un quelconque réseau, mais avait déterminé la commission des faits reprochés à ces derniers ». La Chambre criminelle rejeta le pourvoi qu'avait cru devoir former l'administration des douanes au motif que « la provocation à l'infraction par un agent de l'autorité publique exonère le prévenu de sa responsabilité pénale, lorsqu'elle procède de manœuvres de nature à déterminer les agissements délictueux portant ainsi atteinte au principe de la loyauté des preuves ».

Le principe de loyauté vise aussi les personnes qui aident les autorités publiques à la recherche de la preuve. Ainsi en va-t-il du collaborateur bénévole qui se connecte à des forums internet de pédophilie, entre en contact avec les détenteurs des images pédophiles et tente de se faire remettre des disquettes contenant de telles images dans un lieu public, afin d'aider les autorités publiques à arrêter les auteurs de ces infractions au moment de l'échange. En effet, il est de plus en plus fréquent que des délinquants profitent des facilités offertes par l'Internet pour télécharger et s'échanger des images pornographiques de mineurs. La preuve de ces infractions étant difficile à établir, notamment en raison d'une jurisprudence selon laquelle « la simple consultation de sites pornographiques mettant en scène des mineurs ne suffit pas à caractériser le délit prévu par l'article 227-23 alinéa 4[483] du Code pénal »[484], les policiers sont tentés d'utiliser le procédé de la provocation pour solliciter d'un délinquant potentiel cette transmission et démontrer ainsi le fait délictueux. La Cour de cassation a d'ailleurs considéré que la provocation et la participation simulée à des actions illicites, qu'elles soient commises par un agent de l'autorité publique, ou par son intermédiaire agissant en concertation avec lui, vicient une procédure lorsqu'elles déterminent la personne intéressée

[483] Art. 227-23 C. pén. : « *Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou représentation présente un caractère pornographique est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.*
Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que se soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou exporter, est puni des même peines.
Les peines sont portées à 7 ans d'emprisonnement et à 100 000 euro d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de télécommunication.
La tentative des délits prévus aux alinéas précédents est puni des même peines ».
[484] Crim., 5 janvier 2005, *Bull. crim*., n° 9, *D*., 2005, I.R., 437.

à commettre l'infraction poursuivie. Un tel procédé porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable.

C'est ce que vient d'affirmer la chambre criminelle dans un arrêt du 11 mai 2006[485]. En l'espèce, un simple citoyen s'est connecté, à la demande de policiers de la brigade des mineurs, sur le réseau internet, à un site de rencontre homosexuel. Il s'est fait passer pour un adolescent de 14 ans, intéressé par des relations sexuelles, afin de piéger des pédophiles et permettre leur identification puis, éventuellement, leur interpellation par la police. Ce collaborateur bénévole avait alors pris contact avec un adulte, qui avait accepté de lui transmettre par internet des images de mineurs à caractère pornographique. Il avait ensuite sollicité sa rencontre. Les renseignements fournis par le collaborateur aux policiers leur ont permis d'interpeller le suspect au lieu fixé pour la rencontre. Mais, aucune image illicite ne fût trouvée en possession de l'intéressé. Cependant, ce dernier reconnut avoir conservé dans la mémoire de son ordinateur les images qu'il avait transmises au collaborateur. Suite à son arrestation, il fût cité directement devant le tribunal correctionnel pour le délit de détention ou représentation d'images d'un mineur présentant un caractère pornographique.
La Cour d'appel de Bordeaux avait distingué entre la transmission des images pédophiles qui faisait suite à une provocation déloyale organisée par les policiers et la détention de ces images qui ne semblait pas avoir été déterminée par le procédé. La Cour rejeta donc la première qualification pour ne retenir que celle de détention d'images pédophiles.

Dans son pourvoi, le condamné invoquait l'annulation de l'intégralité de la procédure au motif qu'elle avait été viciée par la provocation déloyale et que cette provocation avait non seulement déterminé la transmission des images mais encore « permis d'obtenir des indices de détention de ces mêmes images ». La nullité des actes provenant de la provocation devait selon lui, s'étendre à tous les actes subséquents.
La chambre criminelle avait affirmé, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que le fait, pour la police, d'utiliser un stratagème, par le truchement d'un tiers qui n'est pas soumis à la même obligation de loyauté que les fonctionnaires de police, qui n'a pas eu pour seul effet de révéler de tels faits, mais a déterminé le délinquant à commettre les délits de diffusion et transmission d'images illicites et, par ce biais, le fait d'obtenir des indices apparents d'un délit de détention de ces mêmes images déjà commis ou

[485] Crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.*, n° 132, *AJ pénal* 2006, 354, obs. E. VERGES.

en train de se commettre, permettant ainsi d'ouvrir une enquête de flagrance hautement coercitive et de contrôler l'identité du prévenu, élude les règles de procédure, compromet les droits de la défense et entraîne la nullité de toute la procédure, y compris en ce qu'elle vise des faits de détention d'images illicites. Cette nullité, sanction de la violation du principe de loyauté des preuves, frappe les actes de procédure qui procèdent de ce stratagème et s'étend à tous les actes subséquents. Elle en conclut que l'audition au cours de laquelle le suspect avait reconnu détenir les images illicites devait être annulée car elle était consécutive à la provocation ayant déterminé l'ensemble des poursuites.

En revanche, est régulière la dénonciation non anonyme faite aux policiers par un utilisateur d'internet qui avait révélé la détention, par un autre utilisateur, de photographies de mineurs à caractère pornographique dès lors qu'il n'avait en rien déterminé les faits délictueux, mais avait eu pour seule motivation de permettre la constatation d'infractions déjà commises et d'y mettre fin. Par un arrêt rendu le 1er octobre 2003, la Cour de cassation a considéré que les manœuvres pour obtenir l'arrestation du pédophile ne sont pas caractéristiques d'une provocation dès lors que le collaborateur n'a pas suscité l'infraction, mais s'est vu proposer des images pédophiles et a accepté un rendez-vous avec celui qui possède ces images[486].

Une illustration intéressante a récemment été donnée de cette règle par la Cour de cassation. Un service de police américain avait crée et exploité, dans le cadre de la lutte contre la pédophilie sur Internet, un site de pédopornographie sur lequel il proposait un très grand nombre d'images d'enfants. Un individu français s'était connecté et avait téléchargé nombre d'entre elles. Le service des douanes et de l'immigration des États-Unis en avait référé à la Direction centrale de la police judiciaire française. Une instruction avait alors été ouverte contre ledit individu. Une perquisition effectuée en France au domicile de l'internaute avait débouché sur la saisie de ses ordinateurs portables, de ses CD-Rom et de ses clés USB. L'examen du matériel saisi avait permis la découverte d'images pornographiques de mineurs.
Mis en examen pour importation, détention et diffusion de ces images, il contestait la régularité de l'ensemble de la procédure suivie contre lui, au motif qu'il avait été victime d'une provocation de la part des policiers américains en raison du stratagème utilisé.

[486] Crim., 1er octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 176, *D.*, 2004.1845, note M. SANCHEZ.

La Cour d'appel de Paris avait rejeté la demande en annulation et considéré la procédure licite. Le mis en examen contesta l'arrêt d'appel, retenant que les preuves avaient été recueillies de manière déloyale car l'infraction faisant suite à une provocation policière. C'est bien ce qu'a retenu la Cour de cassation qui avait annulé cet arrêt et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Versailles[487]. Cette juridiction de renvoi a estimé que le principe de loyauté des preuves interdisait la provocation d'infractions, mais pas la mise en place d'un dispositif permettant de révéler des infractions déjà commises ou se poursuivant. Or, selon les juges, l'opération menée par les autorités américaines ne constituait pas une provocation, la détention des fichiers litigieux étant antérieure à la connexion du prévenu sur le site en cause.

La Cour de cassation rejeta ce nouvel argument, invoquant que le fait pour un service de police de mettre à disposition d'internautes, un site anonyme et gratuit d'échange d'images à caractère pédopornographique est caractéristique d'une provocation policière à l'infraction[488]. Elle ajouta que la provocation à la commission d'une infraction par un agent public, fût-elle réalisée à l'étranger par un agent public étranger, ou par son intermédiaire, en l'absence d'éléments antérieurs permettant d'en soupçonner l'existence, porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable ; la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, quand bien même ce stratagème aurait permis la découverte d'autres infractions déjà commises ou en cours de commission. Selon la Cour, il y a donc déloyauté, même si la provocation a été commise à l'étranger par un agent de l'autorité publique étranger. Ce faisant, la Cour étend le principe de loyauté aux preuves ayant pour support un stratagème commis à l'étranger, par des agents étrangers.

L'analyse des provocations policières faite par la chambre criminelle de la Cour de cassation rejoint celle qu'en fait la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci a considéré que l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis suite à une provocation policière dès lors que dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si prééminente, qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. Ainsi, dans son arrêt Texeira de Castro c/ Portugal en date du 9 juin 1998, elle a

[487] Crim., 7 février 2007, *Bull. crim.*, n° 37, *R.S.C.*, 2007.560, chron. J. FRANCILLON, *D.*, 2007.2012, note J.R. DEMARCHI, *Procédures* 2007, comm. 147, obs. J. BUISSON, *AJ pénal* 2007, 233, obs. M.-E. CHARBONNIER.
[488] Crim., 4 juin 2008, *D.*, 2008, Somm. 1766, obs. S. LAVRIC.

considéré que viole l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme une condamnation pour infraction à la législation sur les stupéfiants fondée essentiellement sur les déclarations de deux policiers dont l'intervention a provoqué l'infraction[489]. La Cour a rappelé que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et qu'il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments de preuves recueillis par elles. Mais, relevant que dans cette affaire le requérant n'avait pas d'antécédents, qu'il était inconnu des services de police, qu'il n'avait pas été retrouvé de drogue à son domicile et qu'il avait été condamné « essentiellement » sur la base des déclarations des policiers, elle en conclut qu'il n'avait pas bénéficié d'un procès équitable. Dans un autre arrêt, la Cour de Strasbourg a rejeté la requête d'une personne condamnée pour trafic de stupéfiants dès lors qu'on ne peut conclure que l'action de l'agent infiltré a provoqué, en exerçant une pression de nature à l'inciter, la commission d'une infraction qui, sans son intervention, n'aurait pas été perpétrée ; l'intervention s'étant limitée à celle d'un agent infiltré ne privant pas le requérant d'un procès équitable[490]. Ainsi, si la Cour européenne des droits de l'homme ne prohibe pas le recours à des méthodes particulières de recherche et notamment l'infiltration, elle condamne la provocation policière en ce que celle-ci prive l'accusé d'un procès équitable[491].

Enfin, la provocation peut être indirecte réalisée par la médiation d'un objet. Les enquêteurs peuvent ainsi avoir recours à des leurres ou pièges destinées à permettre la constatation d'une infraction grâce à l'organisation d'une situation factice. Par exemple, la police fait circuler dans un parc un policier féminin comme appât pour des individus susceptibles d'arracher des sacs de femmes seules. Très utilisé aux Etats Unis, le procédé l'est peu en France. Mais, on en trouve quelques applications.

---

[489] CEDH, 9 juin 1998, *Texeira de Castro c/ Portugal*, op. cit., ; CEDH, 6 mai 2003, *Sequeira c/ Portugal*, requête n° 73557/01 ; CEDH, 7 septembre 2003, *Eurofinacom c/ France*, requête n° 58753/00 ; CEDH, 27 octobre 2004, *Edward et Lewis c/ Royaume-Uni*, requête n° 39647/98 et 40461/98 ; CEDH, 24 juin 2008, *Milinienė c/ Lituani*.

[490] CEDH, 21 mars 2002, *Calabro c/ Italie*.

[491] Christian DE VALKENEER, « *La provocation policière à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », Commentaire de l'arrêt *Ramanauskas c/ Lituanie* du 5 février 2008, RTDH, 2009, n° 77, p. 211 : Pour apprécier s'il y a eu provocation policière, la Cour examine si les policiers ont adopté une attitude passive ou ont joué un rôle dans le passage à l'acte. Pour ce faire, elle va chercher à déterminer si l'accusé était au préalable animé d'une intention délictueuse. Elle va également vérifier si les autorités nationales se sont livrées à un contrôle du déroulement de l'opération et ont permis à l'accusé d'exercer ses droits de la défense à cet égard.

Par un arrêt du 9 août 2006[492], la Cour de cassation réitère l'interdiction des provocations à la commission de l'infraction. En l'espèce, des enquêteurs avaient placé sur un trajet habituellement suivi par un individu, un véhicule identique à ceux qui faisaient l'objet des infractions à l'origine de l'enquête. Dans le véhicule, ils avaient placé, bien en évidence, un téléphone portable et une sacoche d'ordinateur, objets habituels de convoitises pour l'individu. En outre, ils avaient demandé à un tiers, qui avait dénoncé l'individu suspecté, d'inciter celui-ci à emprunter le chemin surveillé par les policiers. Les deux individus furent interpellés en flagrant délit, alors qu'ils venaient de commettre le vol provoqué par la mise en scène policière. Censé faire le guet pendant que le suspect forçait la portière du véhicule, l'individu qui collaborait avec les policiers savait qu'ils observaient la scène. La chambre de l'instruction fut saisie d'une requête en annulation et annula les procès-verbaux relatifs à l'interpellation et au placement en garde à vue de l'individu qui avait collaboré avec la police. Toutefois, elle rejeta la requête de l'individu suspecté visant à annuler tous les actes de procédure, car elle estimait que ce dernier avait commis le vol de sa propre initiative et que le but de la mise en scène policière n'était pas de provoquer à l'infraction, mais seulement d'établir la preuve de son implication dans les faits préalablement dénoncés par l'individu collaborateur.

En revanche, la Chambre criminelle cassa et annula l'arrêt de la chambre de l'instruction dans ses dispositions concernant l'individu suspecté. Elle considéra, en effet, que l'individu concerné avait été provoqué à commettre l'infraction et qu'une telle provocation était contraire au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable.

Quant à la licéité des leurres, elle est subordonnée à deux conditions. Il faut d'abord qu'il y ait déjà eu, là où le leurre est implanté, beaucoup de délits analogues à ceux que l'on veut détecter. Il faut ensuite que le leurre ne soit pas une provocation : on ne saurait par exemple placer une voiture de luxe non verrouillée, contenant des bijoux de valeur, là où se commettaient des vols d'objets sans grande valeur[493].

En définitive, la jurisprudence distingue selon que la provocation, licite, a pour simple but de fournir la preuve d'une activité délictueuse – provocation à la preuve -, ou que,

[492] Crim., 9 août 2006, *Bull. crim.*, n° 202, *Procédures* 2006, comm. 278, obs. J. BUISSON, c'est un procédé déloyal avec un stratagème actif.
[493] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 380.

irrégulière, elle entraîne la commission d'une infraction qui, en son absence, ne se serait pas produite – provocation à l'infraction -[494]. La légalité de la provocation à la preuve a été consacrée par la loi, sous certaines conditions, pour le constat de certaines infractions.

&II. LES PRATIQUES DE PROVOCATION LEGITIMÉES PAR LE LÉGISLATEUR

Interdire toute provocation aux policiers peut les paralyser dans certains contextes infractionnels, notamment la délinquance organisée comme le trafic de stupéfiants, le terrorisme ou le trafic d'armes ; certains policiers ont pu être condamnés pour avoir infiltré ces milieux et commis des infractions. Aussi, le législateur l'a-t-il admis dans des conditions strictes.

Il est intervenu pour la première fois le 19 décembre 1991 et légalisé certaines pratiques en matière de trafic de drogue, en application de la Convention de Vienne du 19 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants[495] (A). Ce qui a été admis pour le trafic de drogue a été étendu aux infractions relevant de la criminalité et la délinquance organisées par la loi du 9 mars 2004 (B). Puis, la loi du 5 mars 2007 a étendu la technique de provocation à d'autres infractions graves, quoi qu'elles ne fassent pas partie de la famille de la criminalité organisée (C).

A. LA PROVOCATION DANS CERTAINS SECTEURS GRAVES DE LA CRIMINALITÉ

Le législateur est intervenu face aux ravages de certaines formes de la criminalité[496]. Deux procédures étaient prévues à l'article 706-32 du Code de procédure pénale : les livraisons surveillées et les livraisons accompagnées. Les premières consistent à permettre le passage par le territoire d'un ou plusieurs pays de substances illicites, au su et sous le contrôle des autorités compétentes desdits pays, ceci en vue d'identifier et d'arrêter les commanditaires

[494] Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 41.
[495] Cette convention est signée par la France le 13 février 1989, entrée en vigueur le 31 mars 1993, suite à sa publication par un décret du 8 mars 1991.
[496] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 377.

et les destinataires du trafic. C'est une méthode consistant à suivre l'acheminement de produits illicites jusqu'à leur destinataire finale en retardant, le cas échéant, une intervention prématurée sur des subalternes agissant au sein d'un réseau criminel. Elle est subordonnée à l'information préalable du procureur de la République dans le cadre de l'enquête, ou du juge d'instruction au stade de l'information[497]. D'ailleurs et au point de vue juridique, ce procédé est à l'abri de la critique puisque les agents chargés de suivre les livraisons de drogue ne jouent qu'un rôle purement passif d'accompagnateurs ou d'observateurs, et par conséquent, leur responsabilité pénale ne serait que très difficilement engagée[498].

Les livraisons contrôlées sont, elles, des opérations actives d'infiltration destinées à procéder à l'arrestation de l'ensemble des responsables du trafic. A l'inverse de la livraison surveillée, les agents se chargent eux-mêmes de livrer les marchandises prohibées et jouent parfois les intermédiaires entre offre et demande. Les gendarmes, douaniers ou policiers jouent un rôle actif et commettent, en service, des actes pénalement répréhensibles. Ils peuvent ainsi acheter des produits stupéfiants ou encore mettre à la disposition des délinquants des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication. Pourtant, l'action des enquêteurs ne peut, à peine de nullité, constituer une incitation à commettre des infractions. Cette méthode nécessite l'autorisation préalable du procureur de la République ou du juge d'instruction[499]. La Cour de cassation a considéré que l'autorisation judiciaire n'est prévue par la loi que pour exempter les fonctionnaires de police de leur responsabilité à raison de leur participation à des infractions à la législation sur les stupéfiants et n'a pas d'incidence sur la validité de la procédure[500].

B. LA PROVOCATION EN MATIÈRE DE CRIMINALITÉ ORGANISÉE

Le législateur a profondément refondu les techniques de provocation, en élargissant leur champ d'application à la lutte contre la criminalité et la délinquance organisées. Deux techniques policières sont prévues : il s'agit, en premier lieu, de la préparation à la

[497] La livraison surveillée n'étant pas délictueuse en elle-même, les agents doivent seulement avoir informé le procureur de la République ou le juge d'instruction avant le début des opérations.
[498] Jean PRADEL, « *Trafic de drogue. Provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi* », *D.*, 1992, chron. 231.
[499] Etant donné leur nature interdite, il ne suffit pas d'un simple avis mais une autorisation de l'autorité judiciaire - le procureur de la République ou le juge d'instruction selon le cas, est indispensable.
[500] Crim., 1er avril 1998, *Bull. crim.*, n° 124.

provocation par le biais de la surveillance (1) et, en second lieu, de la réalisation de la provocation par l'infiltration (2).

1. La surveillance

La jurisprudence avait toujours considéré que la loi n'interdisait pas aux officiers et agents de police judiciaire, même dans l'exécution d'une enquête préliminaire, de procéder à des surveillances et filatures des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions, dès lors que ces surveillances et filatures n'emportaient aucune contrainte étatique[501]. La chambre criminelle a, depuis longtemps, jugé que ces actes ne nécessitent aucune autorisation préalable[502]. Elle a, en outre, admis le caractère légal des actes de surveillance des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions à la législation sur les stupéfiants ayant permis d'établir la flagrance d'un trafic[503].

La surveillance est la généralisation des « livraisons surveillées » pratiquées en matière de trafic de stupéfiants. Elle est prévue par l'article 706-80 du Code de procédure pénale et consiste pour les enquêteurs à s'immiscer dans des réseaux de criminels pour en surveiller le fonctionnement et déterminer les membres[504]. Il s'agit d'une opération typiquement policière ayant pour objectif une investigation directe au contact des individus dont l'activité et les déplacements sont observés afin de démontrer l'existence d'une infraction.

Plus précisément, cette opération consiste dans la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes et délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73 ou 706-74 du Code de procédure pénale. Une telle opération encadre juridiquement le classique, et le plus ancien, acte de police qui inclut la filature des personnes, le fait de suivre une personne dans tous ses déplacements[505]. Elle vise, en outre, à surveiller l'acheminement ou le transport des objets, biens ou produits tirés de la commission de ces infractions ou servant à les commettre. Aux

[501] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 560.
[502] Crim., 11 mai 1993, *Dr. pénal* 1993, chron. 34, obs. LESCLOUS et MARSAT.
[503] Crim., 4 février 1991, *Juris-Data* n° 1991-004069.
[504] Le dispositif est également prévu par l'article 67 bis du Code des douanes au profit des agents des douanes pour la constatation des délits douaniers.
[505] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 560.

termes de la loi, il s'agit seulement de suivre l'acheminement des objets, produits ou outils de la commission des infractions, afin d'identifier les destinataires, sans exercer une quelconque coercition à l'encontre de ces objets. Cet acte est nouveau. Il s'inspire d'une technique douanière énoncée dans l'article 66 du Code des douanes.

Ce mode d'investigation s'inscrit indifféremment dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire faute de précision par le texte. Les officiers de police judiciaire et, sous leur autorité, les agents de police judiciaire doivent, préalablement à l'exercice du pouvoir de surveillance, informer le procureur de la République[506] par tout moyen. En pratique, ils peuvent l'aviser par les voies du téléphone ou de la télécopie, selon les instructions qu'aura données le procureur de la République compétent[507]. Cette disposition offre un intérêt particulier en ce qu'il suffit à l'officier ou à l'agent de police judiciaire de donner avis au procureur de la République préalablement à l'exécution de la surveillance envisagée et d'enregistrer son absence d'opposition[508]. Mais, le magistrat du parquet, informé de l'extension de la mesure de surveillance, peut ainsi s'y opposer ou y mettre un terme à tout moment. Certes, l'opposition n'est pas une autorisation. Mais, ce terme doit être interprété à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel et notamment à la mission constitutionnelle de contrôle dont il rappelle qu'elle appartient au magistrat du parquet. Cela signifie que celui-ci devra exercer son contrôle tant sur la qualification des faits mais également sur l'appréciation de la notion de raisons plausibles de soupçon. Et le cas échéant, il devra s'opposer à toute demande émanant des officiers de police judiciaire et ne répondant pas aux exigences du texte. Il en découle que c'est le défaut d'opposition du magistrat du parquet compétent, et non pas l'avis donné, qui permet à l'officier de police judiciaire d'exercer son pouvoir de surveillance. Il est à noter que la loi n'a pas fixé un délai pendant lequel le procureur devrait exprimer son opposition, après avoir pris connaissance du dossier. Il peut sembler regrettable que le législateur n'ait pas, comme il l'a fait dans le référé-détention[509], prévu un délai exprimé en heures, pendant lequel le procureur aurait conservé

[506] L'information préalable à l'extension de compétence doit être donnée au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les opérations de surveillance sont susceptibles de débuter ou, le cas échéant, au procureur de la République saisi en application des dispositions de l'article 706-76 du Code de procédure pénale**.**

[507] La logique commande de dire que l'officier doit aviser le procureur dans un délai qui lui permette d'exercer son opposition.

[508] En toutes circonstances, l'extension de compétence est soumise au contrôle du procureur.

[509] Art. 187-3 C. pr. pén.

son pouvoir d'opposition après avoir pris connaissance du dossier, en lui laissant la faculté de faire immédiatement connaître sa non-opposition, sans attendre l'écoulement du délai[510].

Les officiers ou agents de police judiciaire, agissant dans le cadre de compétence *rationae materiae* des articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale, peuvent réaliser des opérations de surveillance sur tout le territoire national. Il s'agit donc d'une extension de compétence territoriale dérogeant aux règles normales de compétences visées à l'article 18. Pour être valide, cette extension de compétence territoriale suppose que la surveillance ait commencé dans la circonscription de l'officier ou de l'agent de police judiciaire concerné.

Les opérations de surveillance sont relatées dans des procès-verbaux, qui seront versés au dossier de la procédure et serviront d'éléments de preuve, ce qui n'était pas possible avant la loi du 9 mars 2004.

Aussi bien, une autre procédure plus originale est prévue par la loi Perben II : c'est la réalisation de la provocation par l'infiltration.

2. L'infiltration

L'infiltration permet à un officier ou à un agent de police judiciaire d'agir comme un délinquant, en réalisant des infractions, avec une autorisation légale. Ce mode d'investigation, dont le principe est visé dans de nombreux textes internationaux[511], est désormais prévu aux articles 706-81 à 706-87 du Code de procédure pénale, et cette fois pour toutes les infractions en réseau visées à l'article 706-73 du même Code. En introduisant ces articles, la loi du 9 mars 2004 a déterminé avec précision le cadre juridique autorisant la mise en œuvre des opérations d'infiltrations, qu'elle a assorti d'un encadrement judiciaire strict. En faisant le choix d'une procédure dite « ouverte », la loi a, en conséquence, supprimé l'ancien article

[510] Jacques BUISSON, « *Enquête préliminaire* », op. cit., p. 30.
[511] Recommandation n° 2001-11 du 19 septembre 2001 du Conseil de l'Europe concernant les principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé ; article 20 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ; article 11 de la Convention de Vienne du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et des substances psychotropes.

706-32 du même Code qui autorisait, la conduite d'opérations d'infiltrations pour les seules enquêtes en matière de trafic de stupéfiants.

L'article 706-81 du Code de procédure pénale prévoit que l'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité, dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. Elle doit être préalablement autorisée par le procureur de la République ou par le juge d'instruction après avis du procureur de la République, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient[512]. Cette autorisation prendra la forme de réquisitions lorsqu'elle est délivrée par le parquet, et d'une commission rogatoire lorsqu'elle est délivrée par le juge d'instruction. En matière d'infractions douanières, c'est le procureur de la République qui peut l'autoriser[513].

Pour que l'opération d'infiltration soit valide, cette autorisation doit remplir certaines exigences[514]. Elle doit être donnée par écrit et doit être spécialement motivée. Elle doit mentionner la ou les infractions justifiant le recours à cette procédure et l'identité de l'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération. Elle doit fixer la durée de l'opération d'infiltration, qui ne peut excéder quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ces dispositions sont prévues à peine de nullité[515].

La motivation de l'autorisation se fondera sur les nécessités des investigations, par référence notamment à la complexité de celles-ci, à l'opacité du groupe criminel et à sa méfiance. Cette exigence de motivation spéciale écarte le recours à toute motivation type. C'est d'ailleurs par une motivation spécifique au cas d'espèce que s'exprimera le contrôle réel

[512] Art. 706-81, al. 1er C. pr. pén.: « *Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction concernant l'un des crimes ou délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 le justifient, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peuvent autoriser qu'il soit procédé, sous leur contrôle respectif, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par la présente section* ».

[513] Art. 67 bis, & II C. douanes : L'autorisation requise pour les agents des douanes est uniquement celle du procureur de la République puisque ceux-ci n'interviennent que dans la phase d'enquête et jamais au cours de l'instruction. En outre, ces agents ne figurent pas sur la liste des autorités auxquelles le juge d'instruction peut délivrer une commission rogatoire comme le prévoit l'article 151 C. pr. pén.

[514] Art. 706-83 C. pr. pén. et art. 67 bis, & IV C. douanes.

[515] Ce qui réduit à néant la jurisprudence qui, sous l'empire de la loi du 19 décembre 1991, excluait la nullité, Crim., 30 novembre 1998, *Bull. crim*., n° 147, *Procédures* 1998, comm. 229, obs. J. BUISSON.

et effectif de l'autorité judiciaire conforme à l'article 66 de la Constitution ; la non-prolongation de la mesure par le magistrat constituera la censure efficace de l'utilisation abusive ou dévoyée de l'infiltration, mesure par nature difficile à contrôler[516]. Le dernier alinéa de l'article 706-83 dispose que l'autorisation n'est versée au dossier de la procédure qu'après l'achèvement des opérations, avec les pièces d'exécution de celle-ci[517].

Afin de tromper la vigilance des membres de l'organisation criminelle, les officiers ou les agents de police judiciaire sont autorisés à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82, sans encourir de sanctions pénales. Ces actes consistent dans l'acquisition, la détention, le transport, la livraison des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions ; il peut s'agir également de l'utilisation ou de la mise à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication : par exemple, le policier, gendarme ou douanier offre de la drogue à un trafiquant ou lui assure un moyen de transport ou de logement[518]. Cependant, ces actes ne peuvent, à peine de nullité, constituer une incitation à commettre des infractions, ce qui fait apparaître que la provocation ici est bien une provocation à la preuve : il s'agit de faire apparaître à la vue des enquêteurs un comportement délictueux préexistant à leur intervention. Le législateur a souligné sa volonté d'interdire toute forme de provocation déloyale de la part des enquêteurs, conformément à l'article 122-2 du Code pénal.

L'ensemble des opérations se fait sous le contrôle du magistrat qui dirige les investigations. Il devra donc être régulièrement informé de l'évolution de l'infiltration afin de pouvoir apprécier, de façon permanente, si celle-ci est toujours nécessaire. Cette condition de contrôle de l'autorité judiciaire sur le déroulement de l'opération d'infiltration constitue une innovation par rapport à l'article 706-32 du Code de procédure pénale qui ne prévoyait qu'une

[516] Contre-circulaire du 10 juin 2004, « *Les libertés individuelles après Perben II, un défi pour la magistrature* », Application de la loi du 9 mars 2004, Protection pro-active des libertés individuelles, le syndicat de la Magistrature, www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/2004_contre_circulaire.pdf

[517] L'article 706-32 du code de procédure pénale n'impose pas le versement au dossier de l'autorisation d'infiltration, de sorte que l'opération peut demeurer entièrement secrète. La commission des Lois de l'Assemblée nationale, lors de l'examen du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité approuve le choix consistant à imposer le versement au dossier de la procédure de l'autorisation d'infiltration dès lors que celle-ci ne permet pas la révélation de l'identité de l'agent infiltré.

[518] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 378.

autorisation préalable d'un magistrat. Ainsi, le magistrat peut-il ordonner à tout moment la fin de l'opération, quand bien même le terme initialement fixé ne serait pas survenu. En pareil cas, la loi aménage la sortie de l'agent infiltré du réseau criminel en permettant une prolongation de son personnage. Plus précisément, si l'enquêteur ne peut interrompre sa mission au terme fixé par le magistrat, il peut, le temps strictement nécessaire pour lui permettre de cesser sa surveillance dans des conditions assurant sa sécurité, mais sans que cette durée puisse excéder quatre mois, poursuivre, sans encourir de sanctions pénales, les actes de coaction, de complicité ou de recel des infractions recherchées.

L'infiltration fait l'objet d'un rapport rédigé par l'officier de police judiciaire ayant coordonné l'opération, qui comprend les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions et ne mettant pas en danger la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises par les officiers ou agents de police judiciaire pour permettre la réalisation de cette opération au sens de l'article 706-82[519].

L'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération d'infiltration peut seul être entendu en qualité de témoin sur l'opération. Toutefois, la personne poursuivie directement mise en cause par des constatations effectuées par un agent ayant personnellement réalisé les opérations d'infiltration peut demander à être confrontée avec cet agent. Cette possibilité n'est ouverte que dans les cas de l'information et du jugement. Une personne mise en cause dans le cadre de l'enquête ne peut faire cette demande à ce stade de la procédure.

La confrontation avec l'agent infiltré doit être faite conformément aux règles posées par l'article 706-61 du Code de procédure pénale ou est réalisée dans les conditions prévues par l'article 706-61, à propos des « *témoins anonymes* », c'est à dire par l'intermédiaire d'un dispositif technique empêchant l'identification de l'enquêteur et permettant l'audition du témoin à distance sans que sa voix puisse être identifiée. Les questions posées à l'agent infiltré à l'occasion de cette confrontation ne doivent pas avoir pour objet ni pour effet de révéler, directement ou indirectement, sa véritable identité[520]. Ces règles introduites par la loi du 9

[519] Art. 706-81, al. 3 C. pr. pén.
[520] Art. 706-86, al. 2 C. pr. pén.

mars 2004 paraissent tout à fait justifiées afin de préserver l'anonymat d'officiers et d'agents de police judiciaire dont la sécurité pourrait être menacée si leur identité était révélée.

Quant à la portée des constatations effectuées par l'agent infiltré, l'article 706-87 du Code de procédure pénale prévoit que, dans le souci de préserver les droits de la défense, les seules déclarations de l'agent infiltré ne peuvent entraîner la condamnation de la personne mise en cause, sauf si elles ont été faites sous leur véritable identité. Fort logiquement, si l'agent infiltré accepte que son anonymat soit levé, le principe précité n'a plus lieu d'être et les déclarations de l'agent infiltré revêtent dès lors la même force probatoire que celles de tout autre agent ou officier de police judiciaire.

La Cour européenne des droits de l'homme admet le procédé d'infiltration à condition qu'il soit décidé dans le cadre d'une procédure judiciaire, que l'intention criminelle préexiste à l'infiltration, c'est-à-dire que l'agent infiltré ne doit pas provoquer l'infraction, que le témoignage anonyme de l'agent infiltré puisse être connu et contesté des prévenus et qu'il ne soit pas la cause déterminante de leur condamnation[521]. En pratique, la Cour a condamné les Pays-Bas après avoir constaté qu'une condamnation avait été fondée de manière déterminante sur les déclarations de policiers ayant conservé l'anonymat[522].

C. LA PROVOCATION DANS DES MATI ÈRES AUTRES QUE CELLE DE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE

La loi du 5 mars 2007 a étendu la technique de provocation à des infractions qui, quoique ne relevant pas de la criminalité organisée, sont cependant graves. Les infractions concernées sont la traite des êtres humains, le proxénétisme, le recours à la prostitution des mineurs[523], la provocation du mineur à l'usage de drogues ou au trafic de drogues, la provocation d'un mineur à la consommation habituelle de boissons alcooliques, la provocation d'un mineur à commettre un crime ou un délit, le fait de favoriser la corruption

[521] CEDH, *Texeira de Castro c/ Portuga*, op. cit. ; CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi c/Suisse* ; CEDH, 7 août 1996, *Doorson c/Pays Bas.* V. aussi Cons. Const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../cahiers-du-conseil/cahier-n-16.

[522] CEDH, 23 avril 1997, *Van mechelen c/ Pays-Bas*, *D.*, 1998, Somm., p. 174, *R.S.C.*, 1998, p. 396, note R. KEORING-JOULIN, les seules déclarations des policiers infiltrés ne peuvent justifier, à elles seules, une condamnation, sauf révélation de leur véritable identité.

[523] Art. 706-35-1 C. pr. pén.

d’un mineur et le fait d’enregistrer ou de transmettre l’image à caractère pornographique d’un mineur[524].

Dans le but de constater ces infractions et, lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, les officiers ou agents de police judiciaire agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire peuvent, s'ils sont affectés dans un service spécialisé et spécialement habilités à cette fin, dans des conditions précisées par arrêté, procéder aux actes suivants sans en être pénalement responsables. Ainsi, ils peuvent participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques, être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ou extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites dans des conditions fixées par décret. La loi précise que les actes des enquêteurs ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions, à peine de nullité.

Une jurisprudence antérieure à la loi du 5 mars 2007 prévoyait que « *ne constituait pas un stratagème destiné à dissimuler sa qualité le fait, pour un officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'une enquête pour proxénétisme, d'utiliser un pseudonyme pour se connecter à un service de messagerie télématique et constater ainsi la commission d'une infraction réalisée grâce à ce moyen de communication* » [525].

[524] Art. 706-47-3 C. pr. pén.
[525] Crim., 25 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 317.

SECTION II
INFORMATIONS OBTENUES PAR DES STRATAGÈMES

Il est contraire à la dignité de la justice que le stratagème soit à l'origine de l'obtention des preuves. Pourtant, les situations qui peuvent se présenter sont nombreuses.

Il se peut d'abord que le policier ou le juge d'instruction écarte leur qualité à un suspect ou se fasse passer pour quelqu'un d'autre, ce qui peut conduire le suspect à dire des choses qu'il n'aurait pas dites dans d'autres circonstances. On cite toujours l'affaire *Wilson*[526]. En l'espèce, le juge Vigneau, pour renforcer ses soupçons contre l'inculpé Wilson, a engagé avec le témoin L... une conversation téléphonique, dont l'initiative était censée partir de l'avenue d'Iéna, et cela dans le but de faire croire à L... qu'il était en communication avec l'inculpé Wilson, tandis qu'il l'était avec le juge chargé d'instruire contre cet inculpé. Le magistrat allègue pour sa défense avoir seulement voulu éclairer sa conscience d'homme sur l'entente qu'il soupçonnait entre Wilson et L..., sans prétendre tirer des réponses de ce dernier des moyens d'information. Que cela est vrai à certains égards, mais n'empêche pas qu'il ait puisé dans les réponses de L... la confirmation de ses soupçons, et qu'il ait conclu de là à la nécessité de prendre immédiatement contre l'inculpé Wilson un moyen de rigueur.

Ce magistrat fut sanctionné disciplinairement par la Cour de cassation qui avait fustigé le comportement de ce dernier qui, dissimulant son identité et sa fonction, avait téléphoné à une personne pour obtenir une preuve de sa participation à un trafic de décorations. Elle a ainsi jugé que le juge d'instruction s'était écarté des règles de la loyauté que doit observer toute information judiciaire, ce qui constitue un acte contraire aux devoirs et à la qualité du magistrat.

Plus tard, dans l'affaire *Imbert* du 12 juin 1952[527], la chambre criminelle étend cette obligation de loyauté aux officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire[528].

---

[526] Chambres réunies, 31 janvier 1888, *Aff. Wilson, S.*, 1889.I.241. Par ces motifs, et vu l'art. 50 de la loi du 20 avril 1810, la cour prononce contre le juge Vigneau la peine de la censure simple, et le condamne aux dépens.
[527] Crim., 12 juin 1952, *Aff. Imbert, J.C.P.*, 1952.II.7241, note J. BROUCHOT, *S.*, 1954.I.63, note A. LEGAL.
[528] En l'espèce, pour confirmer les soupçons de corruption à l'égard d'un fonctionnaire, les policiers ont eu l'idée de faire téléphoner au suspect par un tiers. Sur la base du résultat de ce coup de téléphone qui avait été

Ceux-ci étant astreint aux mêmes règles que le juge d'instruction, il leur est interdit d'organiser une conversation téléphonique entre deux témoins pour confondre l'un d'eux, en dictant à l'une les questions qu'elle devait poser, afin qu'il puisse, pour démontrer son implication, écouter et enregistrer les réponses de l'autre. Ce procédé peut conduire le témoin à faire des déclarations qu'il n'aurait pas faites normalement. Selon la chambre criminelle, l'opération exécutée de telle façon doit être considérée comme nulle ; elle a eu pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le magistrat instructeur ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense.

L'enquêteur ne peut davantage faire à un suspect de fausses promesses ou lui mentir pour le pousser à avouer[529], ce qui pourrait vicier la sincérité des déclarations. Un tel procédé peut conduire le suspect à dire des choses qu'il n'aurait certainement pas dites sans cet artifice, et porte ainsi atteinte à son libre-arbitre.

Les situations les plus importantes du concept de stratagème qui peuvent se présenter sont relatives à l'enregistrement de conversations à l'insu de l'un des participants. En effet, les agents de la force publique n'ont pas le droit de mettre spontanément des écoutes clandestines, ni même des stratagèmes portant atteinte à la vie privée. Le respect de l'intimité doit en tout état de cause être sauvegardé.

Cependant, il est indéniable que certaines investigations ne peuvent être efficaces que si elles sont dissimulées aux personnes qu'elles concernent. Leur réalisation exige le secret, leur réussite suppose la clandestinité, du moins dans un premier temps. La loi autorise ainsi certains procédés que l'on aurait pu croire interdits. Parmi les exemples les plus caractéristiques figurent les écoutes téléphoniques judiciaires et les opérations de sonorisation et de fixation d'images. Ces procédés sont admis et pourtant ils peuvent être considérés en eux-mêmes comme des stratagèmes. A cet égard, il convient de préciser que l'enregistrement clandestin d'une conversation, constituant en principe une violation du droit au respect de la

enregistré, le suspect fut poursuivi et condamné. La cour de cassation cassa l'arrêt de condamnation en prononçant la nullité de l'opération effectuée dans de telles conditions.

[529] Dans l'affaire Émile Louis, les enquêteurs avaient affirmé à Mr Louis qu'il pouvait avouer en toute sécurité car l'infraction était prescrite. Ce mensonge apparaît comme un exemple de stratagème bien que le débat dans cette affaire ne se situe pas sur ce point mais sur les actes interruptifs ou suspensifs de prescription.

vie privée, ne peut être légitime, dans une société démocratique, qu'à la condition de respecter les conditions de fond et de forme prévues par l'article 8, alinéa 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'ingérence des organes de la poursuite ou de l'instruction doit donc être régulièrement prévue par une loi claire, précise et prévisible.

En conséquence, lorsque le pouvoir d'enregistrer clandestinement une conversation est prévu par une procédure spécifique claire et précise, le principe de la légalité est abstraitement respecté : la procédure spécifique est constitutive d'une permission de la loi et justifie l'infraction commise par les agents de l'autorité publique. Toutefois, lorsque l'enregistrement de conversations privées n'était pas fondé sur des pouvoirs d'enquête ou d'instruction spécifiques, le principe de légalité procédurale devrait impliquer l'irrecevabilité de cette preuve. La Cour de cassation n'a pas hésité à sanctionner cette violation. En ce sens, on peut citer un arrêt du 13 juin 1989[530].

En l'espèce, un prévenu avait reconnu s'être livré au trafic de drogues. Il avait un sieur S comme client. Sur la base de cette information, les enquêteurs ont demandé au prévenu d'appeler son client, afin de fixer un rendez-vous pour une livraison de drogue. Les policiers avaient procédé à l'enregistrement de la conversation entre les deux individus. Et à l'heure dite, ils investirent les lieux, interpellèrent les occupants et effectuèrent une perquisition. La chambre criminelle rejetait l'enregistrement de l'entretien téléphonique obtenu par artifice ou stratagème, en se fondant sur l'impossibilité pour les officiers de police judiciaire d'y procéder.

Cette doctrine avait encore trouvé matière à s'exprimer dans un arrêt de la chambre criminelle du 28 octobre 1991[531], rejetant le pourvoi formé par l'administration des douanes contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui, dans des poursuites engagées pour infractions cambiaires, avait écarté des documents bancaires dérobés en Suisse par deux employés de banque déclarant avoir agi à l'instigation des douaniers[532]. La chambre avait énoncé, à ce propos, que « les dispositions de l'article 342 du Code des douanes, selon lesquelles les délits en matière douanière ou cambiaire peuvent être prouvés par toutes voies de droit, impliquent que les éléments de preuve produits devant le juge pénal n'aient pas été obtenus par des

[530] Crim., 13 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 254. Rappr. Crim., 29 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 261.
[531] Crim., 28 octobre 1991, *Bull. crim.*, n° 381, *J.C.P.*, 1991.II.21704, note J. PANNIER.
[532] Ces deux employés avaient d'ailleurs été condamnés en Suisse pour ces faits.

procédés frauduleux ». Mais, on peut se demander, à la lecture de l'arrêt, si la circonstance que des fonctionnaires, appartenant de surcroît à l'administration qui était à l'origine des poursuites, soient à l'initiative du délit ayant permis de réunir les preuves contestées et de les produire en justice n'a pas été déterminante de la décision, dans cette affaire[533].

Par ailleurs, la Cour de cassation a adopté une solution assez rigoureuse en matière d'écoutes téléphoniques sauvages réalisées en dehors du cadre légal. Dans l'affaire « *Schuller* » du 27 février 1996[534], elle a condamné le recours par des policiers, agissant en enquête préliminaire, à l'interception de la correspondance émise par voie de télécommunication, même avec l'accord du titulaire de la ligne téléphonique, alors que seul le magistrat instructeur peut ordonner un tel acte. La chambre criminelle a ainsi rejeté les enregistrements effectués aux motifs que les écoutes étaient illicites et leur transcription constituaient un stratagème qui avait vicié de manière substantielle toute la procédure subséquente.

Dès lors, à défaut d'encadrement législatif, la recherche n'est pas autorisée. La chambre criminelle rejeta donc l'enregistrement clandestin en se fondant sur l'absence de spontanéité des propos enregistrés ou sur l'impossibilité d'apprécier la manière dont les enregistrements ont été effectués, voire sur l'impossibilité pour les officiers de police judiciaire de procéder à des enregistrements téléphoniques[535].
Mais, cette règle de principe semble atténuée. Deux arrêts rendus successivement en matière de corruption active de fonctionnaire sont venus jeter, quelque peu, le trouble sur cette question.

Par un premier arrêt du 16 décembre 1997[536], la chambre criminelle avait censuré le fait, pour un fonctionnaire de police dont le service était dépositaire d'une commission rogatoire, après qu'il eut avisé sa hiérarchie des sollicitations répétées dont il était l'objet de la part d'un avocat, d'avoir enregistré clandestinement les propos tenus par ce dernier au cours

[533] Pascal LEMOINE, « *La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle* », http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_etudes_documents_176/etudes_diverses_179/travers_quelques_6401.html
[534] Crim., 27 février 1996, op. cit.
[535] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 374.
[536] Crim., 16 décembre 1997, *Bull. crim.*, n° 427, *D.*, 1998, I.R., 81, *RGDP* 1998, chr. 327, note D. REBUT ; *Procédures* 1998, comm. 98, obs. J. BUISSON, *Dr. pénal* 1998, comm. 61, obs. A. MARON, *D.*, 1998.354, note J. PRADEL.

d'une rencontre à l'initiative de celui-ci, au cours de laquelle l'avocat avait tenté d'obtenir des informations concernant l'affaire en cours moyennant rétribution, ce qui entraînera sa mise en examen pour corruption active.

Relevant que « *l'enregistrement effectué de manière clandestine par un policier agissant sur commission rogatoire, dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense* » ; la chambre criminelle censure l'arrêt de la chambre d'accusation qui avait considéré ce procédé régulier aux motifs que le policier n'avait fait que répondre à des sollicitations, qu'il n'avait, en aucune manière, participé de manière active à une provocation et que le procédé d'interception utilisé ne consistait pas en une interception téléphonique.

La cour de renvoi s'étant rebellée[537], l'affaire est revenue devant la chambre criminelle. Cette dernière, par un arrêt du 19 janvier 1999[538], a écarté l'application de l'exigence de loyauté à un policier. Après avoir relevé que ce dernier n'a en rien provoqué la commission de l'infraction, elle a jugé que l'enregistrement litigieux d'une conversation entre un avocat et un policier, auquel le premier avait donné rendez vous pour lui demander des renseignements à propos d'une personne, ne constituait pas un acte de procédure susceptible d'annulation, mais seulement un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties, ayant été effectué par le fonctionnaire de police, non dans l'exercice de ses fonctions, en vue de constater des faits de trafic de stupéfiants, sur délégation judiciaire, mais, en tant que victime de faits de corruption, pour se constituer une preuve des sollicitations dont il était l'objet.

Une telle différence de conclusion dans la même affaire démontre l'indécision de la jurisprudence en la matière, et est assez significative « *d'un certain artifice des solutions* »[539].

Ce revirement a été critiqué[540]. Il ne semble pouvoir s'expliquer que par le fait que, tout en s'assurant que l'agent public n'avait en rien provoqué à la commission de l'infraction, la chambre criminelle ait cherché à opérer une distinction parmi les activités de ce fonctionnaire de police selon qu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions et dans un cadre procédural adapté pour caractériser une infraction et en rassembler les éléments constitutifs,

[537] La chambre d'accusation saisie sur renvoi, rejette la requête en nullité.

[538] Crim., 19 janvier 1999, *Bull. crim*., n° 9, *J.C.P*., 1999.II.10156, note D. REBUT.

539 Bertrand DE LAMY, « *De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application de la chevalerie à la procédure pénale* », Mélanges Jean PRADEL, Cujas, 2006, p. 97

[540] Pascal LEMOINE, « *La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle », art. préc.*

ou selon qu'il n'avait fait que constater, sans aller pour autant jusqu'à refuser des sollicitations dont il était l'objet, des faits qui lui avaient été rapportés par un tiers qui, de surcroît tentait de l'associer à la commission d'une infraction[541]. Si, dans le premier cas, ce fonctionnaire ne pouvait avoir recours qu'aux moyens de preuve classiques, dans le second cas, en revanche, il ne lui serait pas interdit de se montrer plus imaginatif et d'user de moyens de preuve considérés comme efficients au regard de la difficulté, indiscutable, de rapporter la preuve de l'infraction en cause. Peut-être même les précautions prises pour constater l'infraction, qui sont énumérées dans l'arrêt, à savoir la présence de fonctionnaires de police servant de témoins et procédant à la prise de clichés photographiques destinés à être versés au dossier, ont-elles également servi à la chambre criminelle pour étayer la motivation de son second arrêt[542]. Si l'on suit ce raisonnement, si tant est encore une fois qu'il soit celui de la chambre criminelle, il serait alors possible d'opérer une distinction dans les activités du fonctionnaire entre celles qui correspondent à la mise en œuvre de prérogatives d'autorité ou de puissance publique, qui sont inhérentes à l'exercice des fonctions, et celles dans lesquelles ce fonctionnaire, n'instrumentant pas directement pour l'exécution d'une délégation judiciaire, pourrait se voir reconnaître un rôle plus actif pour caractériser une infraction répondant aux conditions de la flagrance[543].

L'exigence de loyauté dans la recherche des preuves a subi une nouvelle attaque par un arrêt récent et important rendu par la chambre criminelle dans « l'affaire des paillotes », le 13 octobre 2004[544]. En l'espèce, le préfet de Corse « Bonnet » était soupçonné d'avoir donné l'ordre aux gendarmes d'Ajaccio d'incendier certaines paillotes, constructions illégales sur le domaine public maritime. Or, des enquêteurs avaient enregistré une conversation tenue entre le préfet avec un gendarme, le mettant en cause. L'enregistrement fût versé aux débats et la question de son irrégularité se posera alors. La chambre criminelle rejeta le pouvoir du préfet et valida le procédé. Elle avait jugé qu'un enregistrement des propos du préfet, effectué à l'insu de celui-ci par un officier de gendarmerie qu'il avait convoqué dans son bureau une semaine après les faits, n'avait pas à être retiré du dossier dès lors que la cassette sur laquelle figurait cette conversation avait fait l'objet d'une expertise qui avait permis d'authentifier les

[541] Ibid.
[542] Ibid.
[543] Ibid.
[544] Crim., 13 octobre 2004, affaire des *paillotes corses*, *Bull. crim.,* n° 243, *AJ pénal* 2004, 451, obs. S. ENDERLIN, *RPDP* 2005, 410, obs. C. AMBROISE-CASTEROT.

propos tenus, qu'elle avait été soumise à la libre discussion des parties et qu'elle ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges[545].

En conséquence, les principes de légalité et de loyauté de la recherche de la preuve par les agents et officiers de police judiciaire s'effacerait à deux conditions : le respect du principe du contradictoire et le respect du principe de subsidiarité qui signifie que la condamnation pénale ne peut être fondée sur ce seul indice de preuve. A notre sens, seule une permission claire et précise de la loi, au sens de l'article 8, alinéa 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, justifie l'infraction et permet la recevabilité de la preuve.

Il faut enfin signaler un arrêt rendu par la chambre d'accusation de Caen, le 28 février 1990[546]. Une personne placée en garde à vue ayant refusé de déposer devant les officiers de police judiciaire commis rogatoirement, ceux-ci enregistrèrent la conversation qu'ils eurent avec cette personne. Les magistrats annulèrent le procédé. De même, il a été jugé que la transcription effectuée, contre le gré de l'intéressé, par un officier de police judiciaire, des propos qui lui sont tenus, officieusement, par une personne suspecte, alors que celle-ci celui-ci a demandé la confidentialité afin d'éviter des représailles à sa famille, éludait les règles de procédure et compromettait les droits de la défense[547]. Selon la chambre criminelle, en retranscrivant les propos du gardé à vue dans un procès-verbal d'investigation distinct du procès-verbal d'interrogatoire, l'officier de police judiciaire a usé de la ruse afin de faire éclater la vérité. En effet, l'interrogatoire donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal émargé par la personne intéressée qui peut refuser si elle estime que la retranscription n'est pas conforme à son audition[548]. A l'inverse, le procès-verbal d'investigation ne donne pas lieu, par son essence même, à l'assentiment de l'intéressé[549]. Par conséquent, en faisant apparaître les déclarations, qu'il s'était engagé à ne pas retranscrire, dans un procès-verbal d'investigation distinct non soumis à la relecture de l'intéressé, l'officier de police judiciaire a

[545] La Cour justifie cette position par la réunion de trois conditions: tout d'abord, il faut que la preuve ait été débattue contradictoirement, ensuite, il faut que cette preuve ait été authentifiée par un expert, et enfin, il faut qu'elle ne soit pas la seule preuve présentée, mais qu'elle conforte d'autres preuves.
[546] Caen, Ch. acc., 28 février 1990, *D.*, 1990, Somm. 378, obs. J. PRADEL.
[547] Crim., 3 avril 2007, *Bull. crim.*, n° 102, *D.*, 2007, I.R., 1422.
[548] Art. 62, al. 4 C. pr. pén.
[549] V. Crim., 3 avril 2007, *AJ pénal* 2007, p. 285, obs. ROYER.

usé d'un procédé déloyal lui permettant de contourner le nécessaire assentiment de l'intéressé de l'article 62 du Code de procédure pénale[550].

Tous ces exemples jurisprudentiels reviennent précisément à caractériser la déloyauté à travers l'utilisation volontaire et concrète de la ruse ou d'un stratagème. J. BUISSON, s'interroge, à cet égard, sur la possibilité « d'invoquer l'atteinte aux droits de la défense que constituait le fait de saisir des documents d'une procédure qui, méconnaissant le droit de se taire qui entre dans ces droits consacrés par notre procédure pénale, permettait au juge d'obtenir des éléments qu'il n'aurait peut-être eus dans le cadre de son information »[551]. Et ainsi de revenir sur la distinction classique au sujet des perquisitions portant sur les cabinets d'avocats entre les documents touchant au secret professionnel, saisissables, et ceux qui concernent les droits de la défense, insaisissables.

Aussi bien, les enquêteurs doivent s'en tenir s'en tiennent aux prérogatives qui leur sont conférées par la loi, sans procéder à des arrangements susceptibles de constituer des détournements de procédure.

[550] Ibid.
[551] J. BUISSON, « *Le secret professionnel « fort » n'interdit pas les perquisitions* », *Procédures* 2003, pp. 26-27.

SECTION III
LES DÉTOURNEMENTS DE PROCÉDURE

Par détournement de procédure, on exprime l'idée que les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers et agents de police judiciaire ou à certains fonctionnaires sont strictement délimités par la loi, de sorte que tous ces agents ne sauraient sortir de ces limites pour appréhender des infractions dans un but de plus grande efficacité. De façon plus concrète, si un officier de police judiciaire tenu d'agir dans tel cas dans le cadre d'une procédure A, fait appel à une procédure B plus rapide et plus efficace, pour obtenir plus facilement un résultat qu'avec l'enquête en cours, il commet un détournement en procédure. A titre d'exemple, un officier de police judiciaire ne peut mettre en œuvre une enquête de flagrance, que si les conditions prévues à l'article 53 du Code de procédure pénale sont remplies. En pareil cas, les pouvoirs coercitifs des enquêteurs sont plus élargis et peuvent être mis en œuvre d'office, alors que dans le cadre d'une enquête préliminaire, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies sont subordonnées à l'assentiment exprès de la personne concernée. Plus précisément, le fait pour un policier d'utiliser, en connaissance de cause, une autre procédure, plus rapide et plus efficace, que celle devant être normalement appliquée à l'enquête, peut donc aisément s'apparenter à un procédé frauduleux.

A la fin des années quatre-vingt, la Cour de cassation s'est montrée sévère par rapport à la question de détournement de procédure. Plusieurs décisions ont écarté des preuves jugées être le fruit d'un tel détournement. Ainsi, par trois autres arrêts qui se succèdent à quelques années d'intervalle, la Cour a jugé que les pouvoirs d'investigation accordés aux officiers et agents de police judiciaire ou à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans les conditions et dans les limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des pouvoirs que le législateur ne leur a pas reconnus[552].

Dans la première espèce, il s'agissait de membres des compagnies républicaines de sécurité CRS qui ont recours à des agents de douanes pour procéder à la fouille d'un véhicule

[552] Crim., 18 décembre 1989, *Bull. crim.*, n° 485, *Gaz. Pal.*, 1990.II.395, *J.C.P.*, 1990.II.21530-21531, note P. CHAMBON ; 11 mai 1992, *Gaz. Pal.*, 1993.I.244, note J. PANNIER ; 17 octobre 1994, *Bull. crim.*, n° 333.

qu'ils soupçonnent de contenir un détecteur de radar. N'ayant pas ce pouvoir de fouille, les agents de la CRS ont donc fait appel à des fonctionnaires d'une autre administration. Certes, les agents des douanes disposent d'un pouvoir général de fouille[553] que n'ont pas les agents CRS. Pourtant, ils n'ont aucune compétence en matière de police de la circulation routière. Le détecteur fut saisi par les membres de la CRS, mais la procédure est annulée, au motif qu'il s'agissait d'un véritable détournement de procédure ; les douaniers ayant agit en dehors de leur compétence[554].

La seconde espèce présente un cas similaire d'emprunt de compétence mettant à nouveau en scène des agents des douanes. Les membres de la police judiciaire soupçonnant une personne, prête à s'embarquer sur un avion, de se livrer au trafic de faux documents d'identité, ont sollicité l'intervention des douaniers. Ils leur ont demandé de procéder à une fouille des valises, prérogative que ne possèdent pas des policiers. Sur base de leur pouvoir général de fouille des bagages en vue de rechercher et constater les infractions douanières, les agents des douanes avaient découvert de nombreux faux papiers. La Cour de cassation conclut au détournement de procédure résultant de l'emprunt manifeste des compétences des douaniers, par les membres de la police judiciaire[555]. En d'autres termes, les officiers de police judiciaire ont fait appel aux douaniers afin de constater l'infraction, ce qui constitue un détournement de procédure. Ils se sont servis d'une autre procédure, plus efficace et plus rapide, pour obtenir plus facilement un résultat qu'avec leur propre procédure.

Les officiers de police judiciaire ne peuvent obtenir des éléments sur un flagrant délit grâce uniquement à une fouille réalisée par les agents des douanes. En effet, ces derniers disposent d'un droit général de fouille, alors que les officiers de police judiciaire ne peuvent opérer de fouille qu'en cas d'indices apparents révélant l'actualité de la commission d'une infraction[556]. Les prérogatives reconnues aux agents des douanes en matière de fouilles des bagages ne doivent donc être détournées au profit des officiers de police judiciaire, qui ne peuvent intervenir que dans les conditions strictement définies par le Code de procédure pénale.

[553] Art. 60 C. douanes.
[554] Crim., 18 décembre 1989, op. cit.
[555] Christian DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale : Analyse en droits belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, Larcier, 2000, p. 574.
[556] André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 347.

Dans le troisième arrêt, la Cour de cassation a considéré que les agents des impôts ne peuvent assister des officiers de police judiciaire perquisitionnant en flagrance sur un délit de travail clandestin, infraction étrangère à la compétence de ces agents[557]. Il y a encore détournement de procédure de la part de fonctionnaires des impôts ayant procédé chez un viticulteur à une saisie de sucre sans être muni de l'autorisation du président du tribunal de grande instance au sens de l'article L. 38 du Livre des procédures fiscales[558]. En l'espèce, informé de la présence de soixante-douze travailleurs clandestins et de l'existence d'un important stock de sucre irrégulier sur l'exploitation viticole des consort B par le directeur des services fiscaux, le procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Angers avait obtenu du président de ce tribunal, de faire procéder par la police de l'air et des frontières et pour les seuls infractions au Code du travail, à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies sur les lieux de travail. Muni de l'ordonnance du président du tribunal, seize officiers de police judiciaire se présentaient sur le domaine accompagnés de quinze fonctionnaires des impôts.

La Cour d'appel d'Angers a annulé la procédure au motif que les agents des impôts, loin de se limiter à une simple assistance technique aux officiers de police judiciaire, s'étaient comportés comme des enquêteurs actifs. Il s'agissait là d'un véritable détournement de procédure qui a eu pour effet d'écarter l'application des articles L. 26 à L. 28 du Livre des procédures fiscales limitant l'intervention des agents des impôts aux locaux affectés à l'exercice de la profession ; les visites domiciliaires étant, en matière de contributions indirectes, soumises, par l'article L. 38 du même livre, hormis le cas de flagrant délit, à une autorisation spéciale du président du tribunal. La Chambre criminelle a confirmé cette solution ; elle a jugé que le recours à des personnes qualifiées étant soumis à la condition que les constatations qu'entend leur confier l'officier de police judiciaire « *ne puissent différer* ».

En droit interne, la loi du 9 mars 2004 dans ses dispositions relatives à la criminalité organisée en donne deux illustrations. La première est spéciale aux perquisitions nocturnes. En effet, l'article 706-89 du Code de procédure pénale prévoit que si les nécessités de l'enquête de flagrance relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance

[557] Crim., 17 octobre 1994, op. cit.
[558] Crim., 3 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 345 ; 31 janvier 2006, *Bull. crim.*, n° 30, *Dr. pénal* 2006, comm. 23, obs. A. MARON.

peut, à la requête du procureur de la République, autoriser, selon les modalités prévues par l'article 706-92, que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction soient opérées en dehors des heures prévues par l'article 59. Il en est également dans le cadre d'une enquête préliminaire[559] ou dans celui de l'exécution d'une commission rogatoire[560], lorsque ces opérations ne concernent pas des locaux d'habitation. L'article 706-93 dudit Code ajoute que ces opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction. Ces perquisitions de nuit ne sont prévues que pour les infractions relevant de la criminalité organisée et ne peuvent en aucun cas être mises en œuvre pour des faits n'entrant pas dans ce cadre précis. En somme, un juge saisi d'un vol ordinaire -infraction non visé à l'article 706-73 du Code de procédure pénale - ayant ordonné une perquisition nocturne, commet un détournement de procédure. En pareil cas, les enquêteurs ont d'emblée fait appel à une procédure spéciale en retenant de mauvaise foi la circonstance de bande organisée. Le régime particulier des investigations se rapportant à la criminalité organisée ne saurait donc être utilisé à d'autres fins.

Ce mécanisme s'applique de même pour les perquisitions effectuées sans le consentement du maître des lieux dans le cadre d'une enquête préliminaire. En effet, au sens de l'article 76, alinéa 4 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut décider, par une décision écrite et motivée rendue à la requête du procureur de la République, que les perquisitions seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu. Ces opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention. Dès lors, le juge ne saurait ordonner une telle mesure en dehors des cas visés à l'article 76 précité.

La seconde illustration est générale. Le législateur avait voté un article 706-104 du Code de procédure pénale, aux termes duquel : « le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande

[559] Art. 706-90 C. pr. pén.
[560] Art. 706-91 C. pr. pén.

organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre ». Parce qu'elle mettait à l'abri de la nullité certains actes de procédure ne répondant pas à ces exigences, cette disposition a été déclarée contraire à la Constitution[561]. En effet, le Conseil constitutionnel saisi, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa de la Constitution, de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, avait contesté la conformité à la Constitution de l'article 104 du Code de procédure pénale. Il avait ainsi invalidé cet article aux motifs suivants. En premier lieu, il avait considéré qu'en écartant toute nullité en cas de pratique abusive ou de détournement de procédure, ces dispositions portent une atteinte particulièrement grave - et inédite - aux droits et libertés constitutionnellement protégés. En second lieu, il avait ajouté que les procédures spéciales définies par l'article 1er de la loi PERBEN II[562] sont de nature à affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés, tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile et le secret de la vie privée ; que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, ne saurait dès lors autoriser leur utilisation que dans la mesure nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions particulièrement graves et complexes, elle-même indispensable à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle. Enfin, il avait considéré que, pour décider de mettre en œuvre l'une de ces procédures, l'autorité judiciaire doit disposer d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que les faits constituent l'une des infractions énumérées par l'article 706-73 nouveau du Code de procédure pénale ; que, si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées. Cela dit, s'il est prouvé que les magistrats ont d'emblée fait appel à la procédure spéciale, en retenant de mauvaise foi la circonstance de bande organisée, il y a évidemment de détournement de procédure et il convient donc d'annuler la procédure. En revanche, si les magistrats avaient de bonnes raisons de croire à l'existence d'une bande organisée et si celle-ci s'évanouit ultérieurement, les juges doivent sans hésitation ne pas annuler la procédure[563].

[561] Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.
[562] L'article 1er de la loi déférée insère dans le livre IV du Code de procédure pénale un titre XXV intitulé : « De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées ».
[563] Jean PRADEL, *« Vers une «aggiornamento» des réponses de la procédure pénale á la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Deuxième partie »*, *J.C.P.*, 2004.I.134.

Si les investigateurs sont tenus de rechercher la vérité et de le faire en respectant le principe de loyauté, les preuves recueillies par les parties privées devaient-elles y être soumises ? Les victimes ont-elles le droit de remettre à la justice les cassettes des enregistrements faites à l'insu des délinquants ? Ces enregistrements peuvent- ils servir de preuve ? La réponse est dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II
LES PREUVES PRODUITES PAR LES PARTIES

Dans l'application du principe de loyauté dans la recherche de la preuve, la question a été posée de savoir si les preuves rapportées par les particuliers devaient y être soumises. Le Code de procédure pénale est silencieux en la matière. La jurisprudence semble décidée à sacrifier la loyauté à l'efficacité de la procédure ; elle suggère que les particuliers ont le pouvoir de remédier à la carence des pouvoirs publics.

Depuis une vingtaine d'années, la doctrine de la chambre criminelle est établie pour considérer qu'à partir du moment où la preuve ne révèle aucun fait positif de provocation à commettre l'infraction et que celui qui la produit s'est borné à profiter des circonstances pour la constituer, il ne peut se voir opposer une éventuelle atteinte à l'intimité de la vie privée[564] commise au détriment de celui auquel cette preuve fait grief. A l'inverse, la chambre a longtemps refusé d'admettre une preuve révélant que celui qui l'invoquait était, pour reprendre l'expression d'un auteur[565], sorti de sa passivité ; il en était ainsi, *a fortiori*, s'il était allé jusqu'à provoquer directement la commission de l'infraction[566].

Il n'est cependant pas certain, à l'examen des arrêts récents de la chambre criminelle, que la ligne de partage entre la preuve admissible et celle qui ne l'est pas réside toujours dans le caractère passif ou actif de celui qui la produit[567]. C'est ainsi qu'après avoir admis la preuve déloyale, elle accepte à présent la preuve obtenue par un délit pénal.

Les parties civiles semblent en effet habilitées à produire à l'instance pénale des preuves obtenues par des procédés déloyaux. La jurisprudence profite de l'absence de dispositions textuelles, pour établir que la preuve obtenue par les parties civiles usant des procédés déloyaux est recevable. La chambre criminelle a donc précisé sa jurisprudence dans

[564] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II*, op. cit., p. 200.
[565] Ibid.
[566] Autrefois, l'exigence de loyauté dans la recherche des preuves s'appliquait sans distinction à toute procédure. Désormais, depuis une série d'arrêt rendu au début des années 1990, les personnes privées ne sont plus soumise à cette exigence.
[567] Pascal LEMOINE, « *La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle », art. préc.*

un sens défavorable au respect de la loyauté, en posant un principe de libre obtention de la preuve au bénéfice des parties civiles.

Rien ne semble, toutefois, s'opposer à ce que cette règle profite également à la personne poursuivie. A priori, celle-ci parait peu concernée par l'utilisation à son profit de la liberté de la preuve. La charge de la preuve étant à la partie poursuivante, la personne poursuivie peut donc choisir de rester passive pendant la durée du procès et de ne manifester aucune volonté à l'encontre des arguments de l'autre partie. Pourtant, afin de montrer son innocence, elle a tout intérêt à clamer qu'il n'y a pas lieu de la condamner. En pareil cas, rien ne l'empêche de se défendre à l'appui de preuves déloyales. C'est en effet que l'article 427 du Code de procédure pénale n'établit pas de distinction entre les bénéficiaires de la liberté de la preuve. La jurisprudence semble ainsi admettre que la personne poursuivie puisse jouir de la liberté de la preuve.

A titre d'exemple, dans un arrêt du 11 février 1992[568], la Cour de cassation a confirmé que les parties poursuivies n'ont pas à s'interdire certains modes de recueil de preuve. Elles disposent du droit de produire tous les des éléments utiles à sa défense ; l'usage de procédés déloyaux ne suffisant pas à les rendre irrecevables.

Dès lors, les personnes privées peuvent légitimement se constituer des preuves par des pratiques qui seraient condamnées si elles émanaient des autorités policières et judiciaires.
Deux questions doivent être ici traitées successivement : Les pratiques discriminatoires (Section I) et les atteintes à la vie privées (Section II).

[568] Crim., 11 février 1992, *Bull. crim*., n° 66, *Dr. pénal* 1992, comm. 299. En l'espèce, la personne poursuivie avait procédé à l'enregistrement magnétique d'une conversation qui s'était déroulée dans le cabinet d'un avocat et qui avait été réalisée à son insu.

SECTION I
LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES

La Cour de cassation révèle une très grande souplesse en ce qui concerne l'application de l'exigence de loyauté aux particuliers : ceux-ci ne sont pas astreints au respect de la loyauté dans la recherche des preuves pénales et ont, de ce fait, une liberté considérable en la matière. Dans ce domaine, la motivation des arrêts repose sur le syllogisme suivant : le juge ne peut refuser de joindre au dossier une preuve administrée par la partie, au seul motif qu'elle aurait été obtenue de façon illicite ou déloyale ; il lui appartient seulement d'en apprécier la pertinence et la valeur probante. C'est l'article 427 du Code de procédure pénale qui, après avoir édicté, en son premier alinéa, le principe de liberté de la preuve, soumet, dans le second, la recevabilité d'une preuve aux seules exigences de son versement aux débats et de sa discussion contradictoire devant le juge. En d'autres termes, si la recherche des preuves n'est pas toujours marquée par une obligation de loyauté, le respect des droits de la défense et le principe du contradictoire imposent la loyauté lors de la discussion des preuves. A l'issue de cette discussion, la décision du juge sera en principe dictée par son intime conviction.

Une telle position pourrait être comprise si elle devrait être interprétée, comme permettant à un particulier, dans un Etat de droit, de se constituer illégalement une preuve et la produire valablement en justice, sans que la juridiction saisie ne doive relever l'illégalité ou la déloyauté commise. La jurisprudence admet le dépôt au procès pénal, par des parties civiles, des personnes poursuivies ou de simples témoins, de tous éléments de conviction quel qu'ait été le moment de leur obtention ou le moyen utilisé[569]. La liberté de la preuve est donc large, la seule réserve étant le respect du contradictoire, lequel est censé permettre de purger les preuves des vices affectant leur obtention : la preuve est valable dès lors qu'elle a fait l'objet d'une discussion contradictoire par les parties.

Ainsi, dans l'ensemble de ces arrêts, la Chambre criminelle a clairement autorisé l'utilisation de procédés déloyaux par les particuliers. L'affaire la plus spectaculaire de la Cour de cassation est celle du « test de discrimination », opération destinée à établir l'existence de pratiques discriminatoires. Ce procédé, importé d'Angleterre, consiste à

[569] Crim., 17 mai 1994, *Dr. pénal* 1994, chron. 63, obs. A. MARON.

demander à des personnes de diverses origines de se présenter successivement dans une discothèque ou un établissement quelconque, de postuler à un emploi ou encore de solliciter un logement, puis d'enregistrer la manière dont chacune d'elles est accueillie. Bien entendu, lorsque les candidats, clients ou postulants d'origine étrangère se voient systématiquement opposer un refus, les organisateurs du « testing », après avoir fait constater ce refus par un huissier ou des policiers, suscitent l'engagement de poursuites du chef de discrimination.

Tous les auteurs soulignent la difficulté d'apporter la preuve de pratiques discriminatoires, puisqu'il s'agit de faits complexes et souvent équivoques, en tant qu'incrimination d'un comportement associé à une intention spécifique. Les juridictions ont manifesté dans ce secteur des exigences élevées quant à la preuve des faits et surtout de l'intention de leur auteur. Les discriminations étant par nature des infractions constituées par des différences de traitement, c'est par comparaison avec d'autres faits que le fait en cause peut être qualifié pénalement[570]. S'il est relativement facile de constater la réalité d'un refus de vente, d'un refus d'accès à une discothèque, d'un refus d'embauche, d'un licenciement, etc., il est infiniment plus délicat d'établir que ce comportement a pour cause certaine un des motifs discriminatoires interdits. En effet, en l'absence d'aveu ou d'imprudence du prévenu, l'élément intentionnel du délit - le motif discriminatoire - ne peut être établi que par des éléments objectifs extérieurs. Or, deux circonstances, au moins, rendent cette entreprise difficile. D'une part, le juge pénal est souvent saisi de faits isolés, alors que des éléments de comparaison sont souhaitables pour démontrer qu'un refus a été opposé pour des motifs discriminatoires. D'autre part, l'auteur du refus dispose parfois d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une grande liberté d'appréciation, de sorte qu'il est très difficile d'établir que l'intéressé, dont le choix n'est pas enfermé dans des limites précises, a fait un usage discriminatoire de sa liberté[571].

C'est en raison de la difficulté persistante d'établir, devant le juge pénal, la preuve des agissements discriminatoires, que certaines organisations défendant un intérêt collectif ont eu recours au procédé dit « testing » pour se constituer cette preuve[572]. Mais, un tel mode de

[570] Frédéric BURNIER et Brigitte PESQUIE, « *Test de discrimination et preuve pénale* », Horizons stratégiques 2007/3, n° 5, p. 63.

[571] http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/troisieme_partie_jurisprudence_cour_147/droit_penal_procedure_penale_157/juridictions_correctionnelles_police_6190.html.

[572] Apparu à la fin années 1940 en France, le « testing » a eu plus tard un grand succès aux Etats-Unis et en Grande Bretagne. C'est en 1980 que l'association SOS racisme commence à l'utiliser. Il est tout d'abord utilisé

preuve est-il admis? Un arrêt du 11 juin 2002[573] a validé le test de discrimination comme moyen de preuve. On constate toutefois, qu'avant la consécration des tests de discrimination par la Cour de cassation en 2002, la jurisprudence les a le plus souvent écartés des dossiers en considérant qu'ils étaient insuffisants à apporter à eux seuls la preuve de la discrimination.

Ainsi, par un jugement du 23 octobre 2000, la 17e chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris, saisie par citation directe, a relevé que « la constatation par huissier du refus d'entrer opposé aux personnes non blanches est fondée sur un élément statistique trop peu fourni pour revêtir la signification que lui prêtent les parties civiles » ; que « l'huissier désigné à la seule requête de SOS Racisme ne s'est pas rendu à l'intérieur de l'établissement où auraient pu utilement être faites des constatations, quant à l'éventuelle présence et importance d'une clientèle autre que de race blanche ; que de son côté, le gérant de l'établissement produit des constats d'huissier établis les 16 et 18 juin 2000 attestant qu'à ces dates une forte proportion de la clientèle de la discothèque était constituée de personnes de type non européen ».

Il existe cependant avant 2002 quelques décisions de condamnations qui se sont appuyées sur des enquêtes judiciaires vérifiant et corroborant les éléments révélés par le test, et diligentées sous le contrôle des parquets saisis. Ainsi, par exemple, par un jugement du 21 décembre 2000, le tribunal de grande instance de Toulouse a relevé que « les policiers ont exploité les documents sonores et audiovisuels apportés par les plaignants, leur contenu était conforme aux déclarations des acteurs et témoins du «testing ». De plus, les policiers ont bien constaté, quelques mois après l'opération menée par SOS Racisme, qu'un homme d'origine antillaise était refoulé à la porte du même établissement au motif qu'il ne portait pas des chaussures conformes aux souhaits de la direction de la discothèque, alors que d'autres clients européens étaient admis, qui présentaient des tenues très décontractées voire négligées ».

Toutefois, si la pratique du test a suscité des controverses ayant conduit *in fine* la chambre criminelle de la Cour de cassation à se prononcer sur sa recevabilité, c'est parce que la technique du test se heurte à deux principes essentiels, d'une part, l'interdiction de l'incitation à commettre une infraction et, d'autre part, le principe de loyauté de la preuve. Sur

dans les discothèques, mais on tend aujourd'hui à l'utiliser dans d'autres secteurs où la discrimination est importante. Il en est ainsi pendant les contrôles d'entrée dans les supermarchés ou encore pour l'accès aux soins.

[573] Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 131, *J.C.P.*, 2002.IV.2370, *R.S.C.*, 2002.879, obs. J.-F. RENUCCI.

le premier point, le procédé est admissible à la condition que ce ne soit pas lui qui fasse naître la résolution criminelle chez les personnes testées. Le test de discrimination consiste à mettre en place les conditions de la commission de l'infraction et à la constater selon des modalités indiscutables, non à provoquer l'infraction par un encouragement actif à adopter un comportement discriminatoire[574]. À cette condition, ce type d'action ne se heurte pas aux principes d'équité de la procédure ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt du 9 juin 1998, Teixeira de Castro contre Portugal, à propos des achats pratiqués par des agents infiltrés dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants : « Une distinction devrait être opérée entre les cas où l'action de l'agent infiltré crée une intention criminelle jusqu'alors absente et ceux où l'intéressé serait déjà potentiellement disposé à commettre l'infraction. En l'occurrence, lesdits policiers se seraient bornés à révéler une intention criminelle existante, mais à l'état latent, en fournissant à M. Teixeira de Castro l'occasion de la concrétiser ».

Le second point est celui qui a été tranché par l'arrêt de la chambre criminelle le 11 juin 2002. Dans cette affaire, était posée à la Cour de cassation la question de la loyauté du recours au « testing » pour apporter la preuve de pratiques discriminatoires[575]. En l'espèce, l'association SOS-Racisme avait constitué trois groupes de personnes, l'un composé par deux hommes et une femme d'origine maghrébine et les deux autres par deux hommes et une femme d'origine européenne. Ainsi regroupés, ils s'étaient présentés ensemble à la porte de discothèques et autres établissements de nuit comme des clients potentiels. Ceux d'origine maghrébine s'étaient vus refuser l'entrée, tandis que les autres avaient été admis.

Sur la base de ces constatations et des dépositions des participants[576], l'association avait déposé une plainte sur la base de laquelle le ministère public avait engagé des poursuites à l'encontre des gérants et portiers des établissements concernés, pour discrimination dans la fourniture d'un service à raison de l'origine raciale ou ethnique, sur le fondement des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Le tribunal correctionnel a relaxé les prévenus et débouté les parties civiles de leurs demandes.

---

[574] Frédéric BURNIER et Brigitte PESQUIE, « *Test de discrimination et preuve pénale* », *art. préc.*
[575] Art. 225-1 et 225-2 C. pén.
[576] Lesquelles, comme la Cour d'appel l'avait d'ailleurs relevé pour motiver la relaxe, avaient été effectuées sans qu'un officier de police judiciaire ou un huissier soit présent.

La Cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt du 5 juin 2001, avait rejeté la demande de l'association SOS racisme pour l'illégitimité du mode de preuve, comme l'avait fait la juridiction de première instance. Elle avait refusé d'examiner les éléments de preuve obtenus par les parties civiles au moyen du procédé « testing », consistant à solliciter la fourniture d'un bien ou d'un service à seule fin de constater d'éventuels comportements discriminatoires, aux motifs que le test avait été organisé « de manière unilatérale par l'Association, qui a fait appel uniquement à ses adhérents », « qu'aucun témoignage n'a été recueilli en dehors de ceux des personnes recrutées par SOS Racisme et qu'il n'existe aucune constatation objective qui permettrait de corroborer les témoignages des parties civiles », qu'il n'y avait eu « aucune intervention d'un officier de police judiciaire ou d'un huissier de justice[577] » et enfin « qu'il n'offrait aucune transparence et ne respectait pas la loyauté dans la recherche de la preuve, qu'il avait porté atteinte aux droits de la défense, principe général du droit incessamment rappelé par le législateur et la Cour Suprême, et au droit à un procès équitable visé à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Pour censurer cette décision au visa de l'article 427 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle rappelle qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; puis, elle énonce qu'il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire. Cette discussion vise notamment à corroborer les constatations établies par le « testing », en recherchant des éléments plus subjectifs qui permettent de s'assurer de la présence d'une intention discriminatoire.

Ainsi, en déclarant que le « testing » est un mode de preuve qui ne peut, à défaut d'intervention des autorités judiciaires, établir la preuve d'un délit de discrimination dans une offre de prestation de service, du seul fait de son caractère déloyal, les juges d'appel ont violé les dispositions de l'article 427 du Code de procédure pénale qui énoncent que les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve. Cet arrêt du 11 juin 2002 s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence constante relative au droit de la preuve selon laquelle le juge pénal « ne

[577] On notera que les autorités judiciaires, appelées sur place, interviennent toujours a posteriori pour ne pas être suspectées de provocation.

peut refuser d'examiner des éléments de preuve apportés par des particuliers au motif qu'ils ont été obtenus de façon déloyale ».

Soumis à l'appréciation souveraine des magistrats en tant que mode de preuve, le « testing » aura d'autant plus de valeur probante d'un point de vue pénal qu'il suit des règles assurant la neutralité de l'opération : présentation de groupes composés d'une même proportion de filles et de garçons, n'appartenant pas tous à l'association organisatrice, et accompagnés d'un huissier de justice ou d'un officier de police judiciaire chargé de constater la matérialité et le motif du refus[578]. Toutefois, la Cour de cassation a confirmé la validité du « testing » comme mode de preuve, quand bien même il n'aurait pas été réalisé en présence d'un officier de police judiciaire ou d'un huissier de justice.

Pourtant, l'arrêt rapporté ne signifie pas que le « testing » - qui a pour objet, non de provoquer des comportements discriminatoires mais d'en constater l'existence - constituerait en soi un procédé déloyal. Il énonce seulement qu'à supposer même que, dans le cas d'espèce, il ait été mis en œuvre de façon déloyale, les juges ne pouvaient écarter des débats les témoignages recueillis. Mais, il est vrai qu'à aucun moment, les participants à l'opération n'ont eu recours à un quelconque artifice ou stratagème et que, dans l'esprit de l'association qui était à l'origine de cette opération, il s'agissait de défendre un intérêt collectif et de lutter « contre l'une des formes détestables d'atteinte à la dignité de la personne humaine »[579].

La loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances a consacré cette jurisprudence à l'article 225-3-1 du Code pénal : « *Les délits [de discrimination] prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie.* » Ainsi que le précise la circulaire de la Chancellerie du 26 juin 2006 présentant les dispositions de cette loi, ce texte signifie que « *si une discrimination est commise à l'égard d'une personne, le fait que la victime ayant sollicité un droit qui lui a été refusé avait comme objectif de démontrer l'existence de la discrimination est sans incidence.*

[578] Gwénaële CALVES, « *Le testing contre les discriminations* », http://www.raison-publique.fr/Le-testing-contre-les.html
[579] Dominique COMMARET, « *Les métamorphoses de la preuve* », *RPDP* 2003, p. 763.

En effet, l'intention de la victime d'une infraction ne peut être prise en ligne de compte si l'auteur des faits a bien commis intentionnellement l'infraction qu'on lui reproche ».

L'article 225-3-1 précité montre bien que le test de discrimination se différencie des provocations à l'infraction, lesquelles ne permettent pas d'établir l'existence d'une infraction, quand ce sont elles seules qui ont déterminé le comportement délictueux. Il précise en outre que la preuve du comportement doit être établie, ce qui signifie que si la preuve par le test est un mode recevable, il n'a de valeur probante qu'à certaines conditions. La validité du test dépend de sa capacité à rendre non contestables la différence de traitement et l'identité de situation ainsi que le motif à l'origine du comportement. Plus précisément, une discrimination est prouvée quand la différence de traitement entre le candidat de référence et celui qui est susceptible d'être discriminé est constatée par des tiers neutres, faisant un constat objectif et rigoureux de ce qu'ils ont personnellement constaté.

Ainsi, le simple fait, pour des personnes d'origines ethniques différentes, de se présenter à l'entrée de certains établissements de loisirs et de constater le comportement du portier ne saurait, employé seul, démontrer la réalité de l'infraction. C'est ce qu'à décidé la Cour d'appel de Lyon du 18 décembre 2003 statuant après renvoi de la Cour de cassation à la suite de l'arrêt du 11 juin 2002. La Cour a relevé qu'« *en l'absence d'une quelconque extériorisation d'une intention discriminatoire chez les prévenus, la seule acceptation de personnes d'origine européenne ne saurait conférer au refus incriminé le caractère discriminatoire qui lui est prêté. Aucun témoignage n'a été recueilli, aucune contestation n'a été faite qui aurait permis, à défaut de révéler de manière ostensible une intention discriminatoire, d'établir que les auteurs du refus n'avaient aucun autre motif d'agir ainsi qu'ils l'ont fait, et n'avaient donc pu être animés que par une volonté de discrimination* ».

Il ressort de cet arrêt que la constatation du fait ne suffit pas, et que la preuve de l'intention doit être aussi rapportée, soit au cours du test lui-même, soit par d'autres éléments de l'enquête. En décider autrement reviendrait à un aménagement de la charge de la preuve, ce qu'a également rappelé le même arrêt « *le principe de la présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu commande de ne pas renverser la charge de la preuve en exigeant de la personne pénalement poursuivie la preuve qu'elle n'a pas agi en violation de la loi ; qu'il appartient à la partie civile de prouver le caractère discriminatoire du refus opposé par les*

responsables des discothèques et non à ceux-ci d'établir que leur décision était justifiée par des objectifs étrangers à toute discrimination ».

Plusieurs expériences ont montré que le test seul ne suffit pas. Les affaires qui ont prospéré et abouti à une condamnation comprennent, outre le test, des opérations d'enquête plus classiques, effectuées par les services de gendarmerie ou de police, telles que l'audition des témoins qui ont réalisé le test et des personnes qui auraient discriminé[580] ou le recueillement des documents existants[581]. Ces éléments vont permettre d'établir l'intention discriminatoire et d'emporter la conviction des juges.

La précision avec laquelle les tests sont effectués est donc aussi importante que celle avec laquelle ils doivent être relatés. De nombreuses cours d'appel estiment en effet que les constats d'huissiers ou les témoignages qui leur sont présentés sont insuffisants, parce que, par exemple, tous les éléments n'ont pas été correctement et exhaustivement notés ou rapportés. Il faut par conséquent s'assurer que tous les faits sont retranscrits par un huissier ou enregistrés, et garantir la conservation des pièces qui auront été produites pendant le test.

Il importe enfin de souligner que, dans le cas d'un « testing » organisé à des fins de poursuites judiciaires, il est exclu de se fonder sur des personnages imaginaires. Les testeurs « discriminables » doivent être des victimes potentielles, mais non virtuelles. Autrement dit, les CV des testeurs ou personnes discriminables doivent effectivement être leurs propres CV. Il n'est pas possible d'inventer de faux CV de femmes, de personnes d'origine maghrébine ou de personnes handicapées pour effectuer ces tests. Parce qu'il traite des éléments constitutifs du délit, l'article 225-3-1 ne permet pas qu'une condamnation soit prononcée « à la suite d'une opération au cours de laquelle la ou les personnes qui se sont vues opposer un refus auraient menti sur leur identité ou leur qualité, ou seraient purement fictives. Le texte n'autorise dès lors pas que, dans une finalité répressive, soient adressées des demandes fictives ou inexactes qui permettraient de condamner des personnes, alors que celles-ci n'auraient en réalité discriminé aucune victime individuellement identifiée ».

[580] Ces auditions permettent de manifester des contradictions, ou même donnent lieu à des aveux.
[581] Frédéric BURNIER et Brigitte PESQUIE, « *Test de discrimination et preuve pénale », art. préc.*

Seule la personne de référence, peut être fictive. Il est possible, par exemple, à partir du CV de la personne handicapée dont on teste l'employabilité, de construire un CV similaire qui ne soit en réalité celui de personne. Si un traitement différencié est avéré, la personne handicapée sera vraiment considérée comme une victime et pourra engager une action judiciaire : « *Ainsi, si une personne véritable, donnant des renseignements exacts sur son identité et sa qualité, par exemple à l'occasion d'une demande d'embauche ou de location, se voit opposer un refus, alors que, pour démontrer le caractère discriminatoire de ce refus, il avait été adressé dans le même temps une demande similaire – sauf sur l'identité et l'origine de la personne – et qu'à la suite de cette demande un entretien d'embauche a été proposé ou la location a été acceptée, l'infraction sera caractérisée, en dépit du caractère fictif de la seconde demande* ».

En conséquence, la liberté de la preuve est très largement admise pour les personnes privées. Celles-ci peuvent également acquérir un élément de conviction par une infraction pénale, notamment par une atteinte à la vie privée.

SECTION II
LES ATTEINTES A LA VIE PRIVÉE

Le plus souvent, les parties civiles, victimes d'une infraction, sont tentées de recourir à des procédés en principe interdits par le droit pénal. La preuve illégalement obtenue peut cependant apparaître comme le moyen le plus efficace et rapide pour prouver la culpabilité du délinquant. Ainsi, certaines victimes peuvent procéder à des enregistrements de voix ou de gestes à l'insu des délinquants. De même, une personne poursuivie peut avoir recours à de tels enregistrements pour rapporter la preuve des faits dont elle est accusée ou victime. Le peuvent-elles alors qu'elles ont commis un délit pénal ? Le produit de l'acte d'espionnage constitue-t-il une preuve recevable ?

Dès lors, il importe de préciser les solutions jurisprudentielles (&I), avant de s'interroger sur la responsabilité pénale de l'auteur du délit (&II).

&I. APPLICATION EN JURISPRUDENCE

L'enregistrement clandestin d'une conversation peut être qualifié d'atteinte au droit au respect de la vie privée, au regard de l'article 226-1 du Code pénal[582]. Ce droit subjectif, consacré notamment aux articles 9 du Code civil[583] et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'analyse en effet non seulement comme un pouvoir d'autonomie – la liberté de la vie privée -, mais également comme un pouvoir de maîtrise des informations personnelles que le titulaire est en droit de conserver secrètes – secret de la vie privée -[584]. Or, un enregistrement clandestin d'une conversation porte assurément atteinte à la liberté de la vie privée, puisque l'auteur des propos est privé de la liberté de choisir son destinataire, mais également au secret de la vie privée lorsque la personne concernée entendait conserver confidentielles les informations échangées[585].

[582] Il s'agissait à l'époque de l'article 368 du Code pénal qui a été remplacé par l'article 226-1.
[583] Art. 9 C. civ. : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».
[584] Jean-Christophe SAINT-PAU, « *L'enregistrement clandestin d'une conversation* », *Dr. pénal* 2008, p. 21.
[585] Ibid.

Pourtant, un tel enregistrement peut être invoqué dans le cadre d'une procédure judiciaire à titre de moyen de preuve. Se pose alors la question de savoir si cet enregistrement recueilli à l'insu des intervenants constitue une preuve recevable.

Alors que l'on serait tenté de croire à la nullité de ces moyens, la chambre criminelle considère que ces procédés demeurent sans incidence au plan de la recevabilité de la preuve (A). Cette position semble heurter celle des autres chambres de la Cour de cassation (B).

A. JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE

Lorsqu'un enregistrement clandestin réalisé par un particulier est produit dans une procédure pénale, la chambre criminelle pose, notamment au visa de l'article 427 du Code de procédure pénale, que le juge ne peut refuser de joindre au dossier une preuve administrée par la partie, au seul motif qu'elle aurait été obtenue de façon illicite et déloyale[586] ; qu'il lui appartient seulement d'en apprécier la pertinence et la valeur probante, même si son origine est contestée, après les avoir soumis à la libre discussion contradictoire[587]. Cette conception a été critiquée par une partie de la doctrine qui considère que, ce faisant, « la chambre criminelle fait à l'évidence une application très stricte de l'article 427 du Code de procédure pénale à laquelle elle se réfère assez habilement sous l'angle de la liberté d'appréciation des juges du fond »[588].

Il semble que la Cour de cassation évince totalement le principe de légalité procédurale quant aux actes d'investigation réalisés par des particuliers, éviction compensée par le principe du contradictoire et de l'intime conviction[589] qui permettent une discussion judiciaire de la fiabilité technique et informative de l'enregistrement. Encore, doit-on relever

[586] Crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 265 ; CEDH, 24 janvier 2002, *Turquin c/ France.*
[587] Crim., 18 novembre 1986, *Bull. crim*., n° 345, l*e fait que les « enquêtrices » aient eu seulement en vue de s'informer sur l'activité des médecins visités, sans vouloir réellement se soumettre aux traitements prescrits, n'est pas de nature à discréditer par avance leur témoignage ni les documents obtenus, dont il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la valeur* ; V. aussi Crim., 26 avril 1987, *Bull. crim*., n° 173; 12 juin 2003, *Procédures* 2003, comm. 223, la Cour de cassation a admis la recevabilité d'une preuve produite par un prévenu, alors qu'elle constituait une violation su secret de l'instruction.
[588] E. MOLINA, « *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain* », *R.S.C.*, 2002.263.
[589] Cette formule suppose que l'enregistrement ne peut, à lui seul, établir la conviction du juge, Crim., 16 mars 1961, *J.C.P. G* 1961.II.12157, note LARGUIER.

une restriction : si le particulier a agi à l'instigation d'une autorité publique pour provoquer l'infraction, la preuve est alors déclarée irrecevable[590].

La position de la chambre criminelle quant à la question des preuves d'origine irrégulière suscite une interrogation ; celle de savoir si elle est conforme à l'exigence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme, depuis un arrêt du 6 décembre 1988[591], paraît avoir consacré une obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves, corollaire de l'exigence d'un procès équitable. Elle prend soin cependant de rappeler que la question de la recevabilité d'une pièce probatoire relève au premier chef des droits nationaux, et que les organes de la Convention se bornent « à rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des preuves, revêt un caractère équitable ». La portée de cette affirmation signifie que cette question, loin d'être tenue pour indifférente, fait partie, avec d'autres, des éléments que la Cour prend en considération pour apprécier, au terme d'une analyse globale, si la procédure soumise à son jugement a été équitable, de telle sorte qu'elle peut parfaitement être conduite à porter un jugement sur une règle de preuve[592].

Un arrêt *Schenk* du 12 juillet 1988[593] illustre cette position. En l'espèce, un juge d'instruction Suisse avait ouvert une information contre Schenk, un ressortissant helvétique soupçonné d'avoir voulu commanditer l'assassinat de son ex-épouse par un intermédiaire dénommé Pauty. Informé de l'existence de ce projet par madame Schenk et Pauty lui-même, le magistrat Suisse procéda à leurs auditions et décerna une commission rogatoire en France. Auditionné par la police française, Pauty signala qu'un contact téléphonique devait être établi avec Schenk. A cette occasion, la conversation fut enregistrée sur bande magnétique remise au juge d'instruction, puis produite devant les juridictions helvétiques qui l'admettent à titre de preuve de l'infraction reprochée à Schenk[594]. La défense saisit la Cour européenne des

[590] Crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.*, n° 132 ; Crim., 9 août 2006, *Bull. crim.*, n° 202.
[591] CEDH, 6 décembre 1988, *Barbara, Massegue et Jabardo c/ Espagne*, série A, n° 146.
[592] Philippe CONTE, « *La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle* ? », *Dr. pénal* 2009, chron. p. 13.
[593] CEDH, 12 juillet 1988, *Schenk c/ Suisse*, série A, n° 140 § 46, *R.S.C.*, 1988.840, obs. PETTITI et TEITGEN; 27 septembre 1990, *Kostovski c/ Pays-Bas*; 19 décembre 1990, *Delta c/ France* ; CEDH, 9 juin 1998, *Texeira de Castro c/ Portugal*, op. cit. ; CEDH, 22 juillet 2003, *Edwards et Lewis c/ Royaume-Uni*, op. cit.
[594] Etant observé qu'en Suisse un tel enregistrement est pénalement sanctionné, sauf s'il est ordonné par une autorité administrative ou judiciaire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 de la Convention portant sur le respect du droit au procès équitable.

La Cour rappelle d'abord que la Convention ne réglemente pas l'admission des modes de preuve en tant que tels, matière qui relève des droits internes, ce qui l'amène à ne pas exclure, « par principe et *in abstracto* », la recevabilité d'une preuve obtenue dans des conditions illicites ou déloyales. Puis, une fois ce rappel opéré, elle recherche si, en l'espèce, le procès auquel a été soumis le requérant a ou non présenté, dans son ensemble, un caractère équitable[595]. Relevant que la preuve contestée n'avait pas été produite en méconnaissance des droits de la défense, puisque le requérant n'en ignorait ni l'existence ni l'origine, qu'il avait pu en contester l'authenticité ainsi que l'utilisation dans le cadre de l'instance et, enfin, que cet enregistrement n'avait pas constitué le seul élément de preuve fondant la condamnation, elle en conclut qu'il n'a pas été privé d'un procès équitable. Dès lors, le droit issu de la Convention ne semble pas faire obstacle à l'admission d'une preuve recueillie en violation de la loi : une preuve illégale pouvait être produite et utilisée en justice dès lors qu'elle avait pu être discutée dans le cadre d'un procès équitable.

Depuis des années, la chambre criminelle a opiné pour la recevabilité des preuves d'origine déloyale ou illicite produites par les particuliers. L'une des premières affaires jugées concernait la société Carrefour[596]. Un employeur qui, à la suite de la baisse importante du montant des encaissements dans la grande surface qu'il dirigeait, a décidé de placer des caméras afin d'établir la preuve de vols commis par ses employés. Les films ont alors permis de constater que plusieurs employés s'étaient emparés de sommes d'argent et avaient détruit des tickets de caisse. La société déposait alors plainte pour abus de confiance. A l'appui de cette plainte, les enregistrements ont été communiqués à la justice. La question de l'irrégularité de ces enregistrements s'est donc posé. Pour leur défense, les employeurs

[595] Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUENAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE et Michel LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5e éd., PUF, 2009, p. 428 et suiv.: la recevabilité d'une preuve « *ne saurait exclure par principe in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale* », sous réserve du respect du principe de l'égalité des armes et du respect des droits de la défense.

[596] Crim., 23 juillet 1992, *Bull. crim.*, n° 274, *D.*, 1993, Somm. 206, obs. J. PRADEL, *Gaz. Pal.*, 1993, 1, p. 126. A l'époque de cet arrêt, seuls les « actes » étaient susceptibles d'annulation sur le fondement de l'article 172 du Code de procédure pénale. Depuis la réforme opérée par les lois du 4 janvier et du 24 août 1993, les nouveaux articles 173 et 174 visent désormais « des actes ou des pièces de la procédure », ce que semble-t-il des lettres, documents et enregistrements.

contestaient la régularité des enregistrements au motif qu'elles constituaient une atteinte à la vie privée.

Certes, l'article 226-1 du Code pénal réprime le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de porter atteinte à la vie privée d'autrui en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ou encore l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. En l'espèce, nul doute que les preuves avaient été obtenues illégalement puisque l'enregistrement avait été effectué clandestinement, à l'insu des employés et dans le but de les piéger. Néanmoins, la Chambre d'accusation de Caen déclarait régulière la procédure. La chambre criminelle approuvait cette décision en affirmant qu' « aucun texte de procédure pénale n'interdit la production par le plaignant, à l'appui de sa plainte, de pièces de nature à constituer des charges contre les personnes visées dans celles-ci, lesdites pièces ne constituant pas des actes de l'information susceptibles d'être annulés en application de l'article 172 du Code de procédure pénale ; qu'il appartient aux juridictions répressives d'en apprécier la valeur au regard des règles relatives à l'administration de la preuve des infractions ».

En outre, dans l'Affaire « *Turquin* »[597], la chambre criminelle déclarait un enregistrement recevable alors qu'il avait été obtenu au prix d'une infraction pénale. En l'espèce, deux époux, parents d'un enfant, vivaient séparés de faits. L'enfant avait disparu et une information du chef d'enlèvement d'un mineur était ouverte. La mère de la victime avait procédé à l'enregistrement d'une conversation entretenue avec son ex-mari durant laquelle ce dernier reconnaissait le meurtre. Ces bandes magnétiques furent produites en justice et le père fut condamné. Inculpé pour assassinat, ce dernier forme un pourvoi en invoquant l'atteinte à la vie privée au sens de l'article 226-1 du Code pénal ainsi que, par voie de conséquence, la violation du droit à un procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[598].

[597] Crim., 6 avril 1993, *J.C.P.*, 1993.II.22144, note M.-L. RASSAT.

[598] La Cour a invoqué le fait que le principe du procès équitable de l'article 6 de la CEDH ne s'applique pas à l'instruction et ne concerne que les seules « *juridictions de jugement* », V. aussi Crim., 14 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 219 ; 26 mai 1986 *Bull. crim.*, n° 173. Un tel argument est quelque peu contestable. En effet, la Cour de Strasbourg déclare que le principe du procès équitable commence à s'appliquer avec l'accusation ou la « *notification officielle émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale*», CEDH, 10 décembre 1982, *Foti c/ Italie*.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi et confirma la condamnation du père au motif que « les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; que l'enregistrement fait à l'insu de la personne concernée présente le caractère de pièces à conviction n'ayant que la valeur d'indices de preuve ; que leur transcription n'est que la matérialisation de leur contenu afin d'en permettre la production aux débats et la discussion contradictoire ».
Cette expression, « indices de preuves », est inconnue des textes législatifs. Pour certains auteurs, il s'agit d'« une curieuse expression qui fait penser au système de preuves légales »[599]. Pour d'autres, cette expression se comprendrait si elle s'inscrivait dans un système de preuve tarifée où les preuves apportées par un particulier auraient une valeur inférieure à celle apportées par les enquêteurs[600]. Or, depuis la fin de l'ancien régime, le droit français ne connaît plus d'échelle des preuves. La Cour insiste sur le fait que ces « indices de preuves » sont soumis à l'intime conviction des juges.

Dans la même logique, par un arrêt du 25 janvier 1994, il est admis que le juge d'instruction puisse verser au dossier une preuve obtenue de manière illégale, en l'occurrence des enregistrements à charge obtenus de manière frauduleuse. En l'espèce, les époux X avaient reçu, à leur domicile, des appels téléphoniques anonymes et répétés. Ils avaient alors réalisé un enregistrement de la voix de leur interlocuteur. Après avoir déposé une plainte, ils avaient remis l'enregistrement effectué au juge d'instruction. La Cour de cassation a considéré que la preuve obtenue d'une manière déloyale, par le biais d'une infraction pénale, est recevable. Par ailleurs, dans une autre affaire, la chambre criminelle avait admis que bien qu'obtenu de manière illicite, un enregistrement vidéo réalisé par une caméra de surveillance placée dans les parties communes d'un immeuble collectif pouvait valablement constituer un élément permettant de rapporter la preuve de dégradations et d'en identifier les auteurs[601] ou qu'un film réalisé à l'aide d'une caméra installée dans une officine pharmaceutique pouvait servir de preuve pour établir des vols de numéraire commis par des employés[602].

[599] Crim., 11 février 1992, *Bull. crim*., n° 66, *Dr. pénal* 1992, comm. 299, obs. A. MARON.
[600] Crim., 6 avril 1993, op. cit.
[601] Crim., 23 juin 1999, pourvoi n° 98-84.701.
[602] Crim., 6 avril 1994, *Bull. crim.,* n° 136.

On peut également citer un arrêt du 15 juin 1993[603]. En l'espèce, X... a cité directement devant le tribunal correctionnel du chef d'infraction à l'article 26 de la loi du 20 juillet 1988 Y..., président de la Fédération française de…, à qui elle reprochait d'avoir, dans une lettre à en-tête de cette fédération et adressée au journal « L'E... » à l'intention de M. Z..., fait état d'une sanction disciplinaire la concernant et amnistiée par la loi précitée. Pour confirmer le jugement l'ayant déclarée irrecevable en son action, la juridiction du second degré, après avoir constaté que la copie de la lettre incriminée portait en marge de la première page la mention « confidentiel », relève les déclarations de la partie civile selon lesquelles la lettre incriminée lui était parvenue en copie sous enveloppe de façon anonyme sans qu'elle puisse donner d'informations suffisantes et vérifiables permettant d'identifier la personne lui ayant remis cette copie. Constatant que l'information judiciaire ouverte à la suite d'une plainte pour vol de cette lettre n'a pas permis d'établir les circonstances dans lesquelles a pu être faite la photocopie produite par la partie civile, la Cour d'appel en conclut que, ni l'auteur ni le destinataire de la correspondance incriminée n'ayant autorisé X... à se prévaloir de ce document confidentiel et par conséquent, cette dernière n'avait pu l'obtenir que de façon illicite en violation des règles protégeant le secret des correspondances et qu'elle ne pouvait donc le produire en justice.

La Cour de cassation a jugé qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante. Méconnait ce principe la Cour d'appel qui, en déclarant la partie civile irrecevable en son action, l'a en réalité déboutée de ses prétentions en se fondant sur l'irrecevabilité du document produit en preuve du délit poursuivi, a, en se déterminant comme elle l'a fait, au lieu de rechercher si le document qui lui était soumis était de nature à établir la prévention.

Aussi, par un arrêt rendu le 30 mars 1999[604], la chambre criminelle a-t-elle confirmé sa position. En l'espèce, plusieurs personnes sont poursuivies pour escroquerie. Lors de l'instruction préparatoire, l'un des prévenus et un témoin remettent au magistrat instructeur des écrits obtenus d'une manière frauduleuse. La partie civile, quant à elle, remet au juge

[603] Crim., 15 juin 1993, *Bull. crim*., n° 210.
[604] Crim., 30 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 59, *D.*, 2000.391, note GARE, *Procédures* 1999, comm. 215, obs. J. BUISSON.

plusieurs enregistrements privés de communications téléphoniques avec les prévenus, qu'elle a effectuées à l'insu des interlocuteurs. Le juge d'instruction ordonne la transcription de ces enregistrements et verse l'ensemble de ces pièces, pourtant illégalement obtenues, au dossier de la procédure. Devant la chambre d'accusation de Paris, les prévenus invoquent la nullité de la décision du juge d'instruction concernant le versement des enregistrements litigieux au dossier de la procédure, en soutenant le fait que ces pièces portent atteintes à l'intimité de la vie privée. La chambre criminelle a rejeté les griefs formulés par les prévenus. Elle a déclaré que « la circonstance que des documents ou des enregistrements remis par une partie[605] ou un témoin[606] aient été obtenus par de manière illégale ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure, dès lors qu'ils ne constituent que des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement ». La décision de verser une pièce au dossier serait un simple acte d'administration, laquelle n'est donc pas susceptible de recours.

En conséquence, dans le silence du Code de procédure pénale relativement aux actes d'investigation et de recherche réalisés par les particuliers, la jurisprudence admet la recevabilité d'un enregistrement clandestin. Elle a fait le choix de ne pas tenir compte de l'article 226-1 du Code pénal posant le respect de la vie privée. La justification du système se trouve dans le principe de l'intime conviction à partir d'éléments de preuve contradictoirement discutées pendant les débats. Mais, à notre sens, le silence du Code ne saurait constituer un argument justifiant la recevabilité d'une preuve illégale, mais au contraire son irrecevabilité : tout ce qui n'est pas autorisé est interdit. Le principe de légalité de l'administration de la preuve, aspect de la légalité procédurale, devrait s'imposer pour les actes d'espionnage réalisés par les autorités policières et judiciaires, mais également par les particuliers : La légalité ne se divise pas.

En plusieurs occasions, la chambre criminelle a paru vouloir introduire une limite au pouvoir, pour un particulier, d'utiliser une preuve d'origine suspecte : encore faut-il que sa propre défense l'ait placé dans la nécessité d'obtenir pareille preuve, serait-ce par une violation du droit au respect de la vie privée. Elle a considéré qu'une pièce pouvait être administrée devant le juge répressif dans la mesure où, certes obtenue par un acte

[605] S'agissant des tiers à la procédure, Crim., 1er octobre 2003, *Bull. crim*., n° 176, *D.*, 2004, 1845, note SANCHEZ.
[606] Crim., 28 avril 1987, *Bull. crim*., n° 173.

ordinairement incriminé, elle avait toutefois été le moyen pour un prévenu de se défendre contre des accusations[607].

Cette légitime défense procédurale a d'ailleurs été consacrée récemment par la Cour de cassation dans un arrêt du 31 janvier 2007[608]. En l'espèce, pour prouver que son ex-épouse avait fait établir par une amie, pour sa procédure de divorce, une fausse attestation relatant de graves violences commises par lui, un homme produit un procès-verbal d'huissier qui reproduit intégralement une conversation téléphonique qu'il avait eu avec son ex-épouse, à son insu, à ce sujet. Celle-ci conteste la loyauté de ce mode de preuve. Elle se fonde notamment sur les dispositions de l'article 226-1 du Code pénal qui réprime les atteintes à la vie privée et notamment le fait d'enregistrer sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. Conformément à la solution jurisprudentielle classique, les juges du fond avaient admis sans difficulté la production du procès-verbal aux débats, en se contentant de relever qu'il avait été « versé au contradictoire ». La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par l'épouse en rétorquant : « Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors que l'enregistrement de la conversation téléphonique privée, était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui lui étaient imputées, la Cour d'appel, devant qui la valeur de ce moyen de preuve a été contradictoirement débattue, n'a pas méconnu les textes et les dispositions conventionnelles visés au moyen »[609].

Contrairement aux arrêts ayant jusqu'alors admis généreusement la recevabilité d'une preuve déloyale ou illicite produite par un particulier, l'arrêt pourrait donc avoir voulu poser une condition : que la production de cette pièce soit nécessitée par les droits de la défense, ce qui lui confère une origine licite, à défaut de quoi, il faudrait comprendre qu'elle devrait être exclue des débats, n'en déplaise au contradictoire.

[607] Crim., 11 février 2003, *Bull. crim.*, n° 29, *R.S.C.*, 2004, 130, obs. FRANCILLON.
[608] Crim., 31 janvier 2007, *Bull. crim.*, n° 27, *Dr. pénal* 2007, comm. 98, obs. VERON, *RPDP* 2007, p. 385, obs. AMBROISE-CASTEROT. Rappr. Crim., 13 mai 1992, *Dr. pénal* 1992, comm. 8 : « *le demandeur à un pourvoi ne saurait se faire un grief de l'enregistrement de paroles prononcées par lui (…) elles même constitutives d'une infraction pénale* ».
[609] http://forum.framasoft.org/viewtopic.php?t=24437

Un arrêt du 24 avril 2007[610] pourrait sembler se rattacher à ce même courant. En l'espèce, un médecin avait été poursuivi pour agression sexuelle sur mineur de 15 ans. Dans le cadre de cette procédure, les parents de l'enfant avaient établi une attestation faisant état des faits matériellement inexacts. Suite à sa relaxe, le médecin fait citer les parents de l'enfant devant le tribunal correctionnel pour dénonciation calomnieuse. Pour cela, il produit comme preuve le dossier médical de l'enfant. Or, ce dossier est couvert par le secret professionnel. Mais, comme admission des preuves déloyales versées par les particuliers, les juges du fond admettent cette preuve. Ainsi, la Cour d'appel prononça la condamnation des parents. Toutefois, la chambre criminelle censura cette décision car les juges du fond n'ont pas recherché si la production de ces dossiers médicaux était strictement nécessaire aux droits de la défense. Plus précisément, la chambre criminelle cassa et annula l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'« en se prononçant ainsi, sans rechercher si l'examen public et contradictoire devant la juridiction correctionnelle, à la demande du médecin de l'établissement qui avait pris en charge [l'enfant], de pièces de son dossier médico-social, couvert par le secret professionnel, constituait une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation a entendu en effet conditionner la recevabilité des moyens de preuve, dans une procédure pénale, au respect de l'article 8 précité relatif à la protection de la vie privée. Confronté à une offre de preuve dont l'examen publique et contradictoire, lors de l'audience pénale est de nature à porter atteinte à la vie privée, le juge pénal doit ainsi, selon la Cour de cassation, estimer si un tel examen constitue une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile.

Il est certain que le débat contradictoire et public concernant des preuves obtenues illégalement, à l'instar des pièces d'un dossier médical couvert par le secret professionnel, constitue une ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée et familiale, protégé par l'article 8. Ainsi, si ce droit est susceptible d'atteinte, il faut néanmoins, pour qu'elle soit justifiée, que l'atteinte portée constitue une mesure proportionnée et nécessaire à la défense de

[610] Crim., 24 avril 2007, *Bull. crim.*, n° 108, *R.S.C.*, 2007, p. 815, obs. Y. MAYAUD. Pour un salarié qui s'empare à l'insu de son employeur des documents, Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83395.

l'ordre et à la prévention des infractions pénales[611]. C'est ici que réside toute la subtilité de l'arrêt qui se place du côté du juge et non des parties.

Cette décision s'inspire fortement d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendue en matière de divorce[612]. En l'espèce, une épouse présenta au tribunal de grande instance compétent une requête en divorce. Elle reprochait à son mari des violences répétées à son endroit ainsi que son éthylisme chronique. Elle justifiait au moyen de certificats médicaux dûment circonstanciés, de la réalité de violences dont elle a été victime, violences dont la seule origine plausible est le comportement du mari à son égard, mari dont celle-ci, en outre, justifie qu'il souffre de pathologie alcoolique, laquelle peut raisonnablement constituer la cause première de son comportement. Pour démontrer l'éthylisme de son mari, elle s'appuya sur une pièce émanant de son dossier médical[613]. Le mari dénonce la production et l'utilisation en justice de pièces médicales le concernant, sans son consentement devant la Cour de Strasbourg. Il y voit une violation du secret professionnel et une ingérence grave et injustifiée dans sa vie privée et familiale. Il soutient que le procédé employé ne peut en tout état de cause être considéré comme proportionné à l'atteinte portée à son droit au respect de sa vie privée, au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'espèce, la Cour note d'emblée que l'affaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure civile en divorce, qui est par nature une procédure au cours de laquelle des éléments de l'intimité de la vie privée et familiale des parties sont susceptibles d'être révélés, et où il est d'ailleurs de l'office du juge de s'ingérer dans la sphère privée du couple pour mettre en balance des intérêts opposés et trancher le litige qui lui est soumis. Toutefois, aux yeux de la Cour, les ingérences qui en découlent inévitablement doivent se limiter autant que faire se peut à celles rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure, d'une part, et par les données du litige, d'autre part[614]. En effet, il est d'abord fait référence, dans les décisions internes pertinentes, aux témoignages relatifs aux habitudes alcooliques du requérant, et aux certificats médicaux « dûment circonstanciés » faisant état « de la réalité des violences dont l'épouse était victime » pour considérer que les faits imputables au mari constituaient des

[611] Crim. 24 avril 2007, *AJ pénal* 2007, p. 331, obs. SAAS.
[612] CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, requête n° 7508/02.
[613] Il s'agissait d'un compte rendu opératoire daté du 2 avril 1994, suite à l'ablation de la rate du requérant par voie chirurgicale, adressé par courrier le 20 avril 1994 par le docteur C. (spécialiste en chirurgie digestive) à son médecin traitant.
[614] CEDH, 5 octobre 1988, *H. c. / France*, requête n° 11799/85, pour ce qui est des ingérences au droit au respect de la vie familiale découlant de la détention du requérant.

violations graves et renouvelées des devoirs et obligations du mariage qui rendaient intolérable le maintien de la vie commune. Ce n'est en réalité que de façon subsidiaire et surabondante que les juridictions internes ont invoqué la pièce médicale litigieuse pour fonder leurs décisions, et il apparaît donc qu'elles auraient pu l'écarter tout en parvenant à la même conclusion. En d'autres termes, l'ingérence dénoncée dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, au vu du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel, n'était pas proportionnée au but recherché et n'était donc pas nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits et libertés d'autrui. Par conséquent, la Cour a constaté une violation de l'article 8 de la Convention car la production du dossier médical a permis la révélation d'éléments portant atteinte à l'intimité de sa vie privée et non strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense.

En conséquence, la chambre criminelle adopte une position pragmatique, imposée par la nature et la finalité de la procédure pénale : il convient de ne pas empêcher une personne de se défendre, qu'elle soit victime, ou qu'elle soit poursuivie. En d'autres termes, lorsqu'une personne est victime d'une infraction ou d'une accusation, il serait contraire aux droits de la défense de ne pas l'autoriser à en rapporter la preuve, alors même qu'elle serait obtenue de manière illicite ou déloyale[615]. Cette position qui risque de compromettre des principes essentiels que sont la présomption d'innocence et les droits de la défense n'est pas celle adoptée par les chambres sociales et civiles de la Cour de cassation, lesquelles sont plutôt réticentes à admettre la recevabilité de la preuve obtenue de manière déloyale, le plus souvent à l'insu d'une personne.

B. JURISPRUDENCE DES CHAMBRES CIVILES ET SOCIALES

La deuxième Chambre civile est hostile à la validité de la preuve obtenue par stratagème. Par un arrêt du 7 octobre 2004[616], elle a déclaré irrecevables les moyens de preuve obtenus de manière déloyale, à l'insu des personnes. En l'espèce, un conflit opposait une personne ayant reçu une somme d'argent qu'elle prétendait avoir reçu en donation et les

[615] Jean-Christophe SAINT-PAU, « *L'enregistrement clandestin d'une conversation »,art. préc*.
[616] Civ. 2e, 7 octobre 2004, *D*., 2004, I.R., 2662, *D*., 2005, 122, note BONFILS ; V. aussi Limoges, 23 septembre 2003, *D*., 2003, I.R., 2411 : « *Le respect de ses limites est imposé par le juge civil, dans l'idée que la vérité ne doit pas se faire au détriment de la confiance* » ; TGI Epernay, 20 avril 2001 : « *N'est pas recevable l'enregistrement clandestinement réalisé par un fournisseur d'accès de conversations de son client sur un forum, aux fins de justifier une résolution unilatérale du contrat d'abonnement* ».

héritiers du prétendu donataire affirmant qu'il s'agissait d'un prêt. Afin de prouver leurs allégations, les héritiers avaient versé aux débats l'enregistrement d'une conversation téléphonique entre le défunt et la détentrice de la somme litigieuse. La deuxième Chambre civile affirma clairement que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée et conservée à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ». L'arrêt est rendu au visa de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile qui fait obligation aux parties de prouver leurs allégations « conformément à la loi », et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant le droit au « procès équitable ».

Cependant, ne constitue pas un mode de preuve déloyal l'enregistrement de l'image d'une personne par caméra de vidéosurveillance permettant de démontrer des comportements illicites dans les parties communes d'un immeuble, dès lors où plusieurs panneaux informatifs de la présence des caméras étaient installés à l'intérieur et à l'extérieur de l'immeuble, l'enregistrement n'a pas été réalisé à l'insu des individus[617]. La Chambre civile privilégie donc l'application de l'exigence de loyauté aux particuliers. Une telle position semble plus judicieuse, et contraste avec l'indifférence totale qu'adopte la Chambre criminelle concernant les preuves déloyalement obtenues par des particuliers.

La chambre sociale refuse pour sa part, au visa de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, d'admettre la preuve de comportements fautifs par enregistrements vidéo produite par l'employeur à l'appui d'une procédure de licenciement. Elle a jugé que « tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de parole à l'insu des salariés, constitue un mode de preuve illicite ; si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés »[618]. Ce qui est reproché, ici, c'est la clandestinité de l'acte : les salariés n'avaient pas été prévenus de l'installation d'une caméra sur le lieu de travail.

Par ailleurs, il avait été déjà, depuis fort longtemps, jugé qu'aucun élément de preuve ne pouvait être tiré d'un enregistrement audio phonique opéré à l'insu de la personne visée,

[617] Civ. 1e, 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-19482.
[618] Cass. soc., 20 novembre 1991, *Bull. civ*., n° 519, *D*., 1992.73, concl. CHAUVY ; Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.814.

seule la preuve préconstituée d'accord entre les intéressés échappant au grief de déloyauté[619]. Le devoir procédural de prouver conformément à la loi exclut des débats les enregistrements faits à l'insu des intéressés. En d'autres termes, une preuve ne peut être admise que si la partie qui s'en prévaut l'a obtenue dans des conditions exemptes de fraude, ce qui exclut tout procédé de nature à surprendre la volonté de son adversaire et à l'empêcher de mesurer la portée de ses paroles ; l'enregistrement d'une communication téléphonique à l'insu d'une personne, qui n'était donc pas en mesure de mesurer l'incidence des propos qu'elle tenait et ignorait que son interlocuteur entendait en retirer la preuve de l'existence d'une obligation à son encontre, ne peut être retenu et doit être écarté des débats. L'idée dominante est donc que le juge ne peut forger sa conviction qu'avec des preuves régulièrement recueillies et légalement administrées.

Mais, si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits S. M. S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur[620].

En définitive, on peut admettre qu'en matière pénale, la recherche de la preuve entre les parties privées reste libre. Le destinataire d'appels téléphoniques anonymes répétés est en droit de les enregistrer et de les produire en justice[621]. Cette jurisprudence se justifie dans la mesure où ces preuves illicites sont soumises à la discussion contradictoire des parties, notamment à l'audience ; cette règle constitue un contrôle de la régularité des enregistrements[622]. On ajoutera encore, en faveur de la licéité du procédé, le fait que nul texte ne s'y oppose et que les victimes ou les personnes poursuivies éprouvent souvent de grandes difficultés à rassembler la preuve des agissements dont elles ont souffert ou de l'accusation dont elle fait l'objet.

En anéantissant toute exigence de loyauté au profit des simples particuliers, la jurisprudence leur consacre donc un pouvoir d'investigation exempt de toutes règles et

[619] Civ. 2e, 18 mars 1955, *D.*, 1955.573, note R. SAVATIER.
[620] Cass. Soc., 23 mai 2007, *Bull. civ.*, n° 85.
[621] Crim., 17 juillet 1984, *Bull. crim.*, n° 259.
[622] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 385.

contraintes, sans réelle justification et avec des conséquences regrettables. Les autorités judiciaires peuvent aisément être tentées d'inciter les particuliers intéressés aux faits à agir déloyalement et, ainsi accepter le dépôt des preuves par la suite. En outre, on ne peut être véritablement certains de la consistance réelle de ce qui est apporté par les particuliers. Il n'est pas improbable, par exemple, que les bandes magnétiques d'un enregistrement soit manipulées et faussées par la partie qui l'invoque. Cette possibilité de manipulation est, en effet, soulignée par de nombreux experts[623]. Bien plus, en admettant les preuves obtenues de manière déloyale ou illicite, la décision oublie un peu vite l'article 81 du Code de procédure pénale, selon lequel le juge d'instruction doit accomplir « conformément à la loi » tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Comment peut-on permettre à un magistrat, qui doit exercer dignement ses fonctions, d'apprécier un élément de preuve recueilli par des particuliers dans des conditions qui lui sont interdites ?

La jurisprudence est donc plus bienveillante pour les particuliers que pour les organes de l'enquête et de l'instruction. Elle va de même encore plus loin et admet la neutralisation du délit d'atteinte à la vie privée, par l'exercice des droits de la défense. Que reste-t-il alors de la responsabilité pénale de l'auteur d'un acte d'espionnage ?

&II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AUTEUR DU DÉLIT

Bien qu'incriminé, les atteintes à la vie privée, et plus particulièrement l'enregistrement clandestin d'une conversation dans le but de constituer la preuve d'une infraction, n'emportent pas nécessairement une responsabilité pénale. La Cour de cassation estime que l'auteur n'est pas responsable pénalement en usant de deux raisonnements distincts. En premier lieu, l'irresponsabilité pénale peut être fondée sur la non-constitution du délit d'atteinte à la vie privée. La Cour de cassation admet ainsi que l'enregistrement et la production par le destinataire d'appels téléphoniques anonymes et répétés ne sont pas une atteinte à la vie privée de l'auteur parce que les éléments matériel et moral du délit ne sont pas consommés[624] : l'objet de l'enregistrement ne vise pas une information relative à l'intimité –défaut d'atteinte- ; l'auteur n'agit pas dans le but de porter atteinte à la vie privée –défaut

[623] C. AMBROISE-CASTEROT, « *Recherche et administration des preuves en procédure pénale: la quête du graal de la vérité* », *AJ pénal* 2005, p. 269.
[624] Crim., 17 juillet 1984, deux arrêts, *Bull. crim.*, n° 259 ; 20 mai 1992, *Gaz. Pal.*, 1992, 2, p. 468 ; 25 janvier 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, p. 44.

d'intention-. Si l'orientation de la solution n'appelle pas la critique, il reste que la technique employée peut ne pas convaincre puisqu'elle revient à imposer inexactement une analyse de la nature des informations enregistrées et à prendre en considération le mobile légitime de l'agent qui est ordinairement indifférent[625]. Ce sont les raisons pour lesquelles, il semble préférable, en second lieu, de fonder l'irresponsabilité pénale sur une cause de justification : l'exercice des droits de la défense. Cette cause de justification ne constitue pas une manifestation particulière d'un fait justificatif légal, mais trouve son fondement dans le droit à un procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et plus précisément dans les droits de la défense[626].

Cette position, d'abord révélée à propos de la violation du secret professionnel[627], fut réitérée pour justifier une diffamation. En effet, dans deux arrêts en date du 11 juin 2002[628] et du 11 février 2003[629], la Haute Cour a estimé, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'aucune condamnation ne peut être prononcée du chef de recel de violation du secret de l'instruction pour avoir produit des documents à l'audience afin d'assurer sa défense. Ces deux arrêts mettaient en scène des journalistes poursuivis pour diffamation qui, pour se défendre, avaient produit des copies de pièces couvertes par le secret de l'instruction. Poursuivis alors du chef de recel de violation du secret de l'instruction, ils furent condamnés par la Cour d'appel. A deux reprises, la solution fut censurée par la Haute Cour : la Cour d'appel n'a pas recherché si en l'espèce, la production en justice des pièces litigieuses, objet des poursuites exercées contre l'intéressé, n'avait pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense.

La portée de ces arrêts était difficile à évaluer jusqu'à deux nouvelles interventions de la Cour de cassation en date du 11 mai 2004[630]. Jusqu'alors, la chambre criminelle n'hésitait

---

[625] Jean-Christophe SAINT-PAU, « *L'enregistrement clandestin d'une conversation* », *art. préc*.
[626] Ibid.
[627] Crim., 20 décembre 1967, *D*., 1969.309, note E. LEPOINTE ; 29 mai 1989, *Bull. crim*., n° 218.
[628] Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim*., n° 132, *J.C.P*., 2003.II.10061, note DREYER, *Gaz. Pal*., 2002, 2, p. 1745, note MONNET, *Dr. pénal* 2002, comm. 135, obs. M. VERON, *R.S.C*., 2002, p. 881, obs. RENUCCI, *R.S.C*., 2003, p. 93, obs. BOULOC.
[629] Crim., 11 février 2003, *op. cit.*
[630] V. Crim., 11 mai 2004, 2 arrêts, *Bull. crim*., n° 113 et 117, *J.C.P.*, 2004.II.10124, note C. GIRAULT, *D*., 2004, p. 875, obs. SAINT-PAU, *R.S.C*., 2004, p. 635, obs. FORTIS. Pour un avocat, poursuivi pour violation du secret professionnel, à propos de pièces produites dans un litige l'opposant à son client, Crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 192. Pour un salarié accusé de violation de secret professionnel, en raison de la production de pièces dans un litige prud'homal, Crim., 18 octobre 1993, *Bull. crim*., n° 296. Pour un plaideur poursuivi pour

pas à déclarer conforme au droit la condamnation du chef de vol un salarié qui avait appréhendé des documents appartenant à l'entreprise pour les photocopier et utiliser ensuite la photocopie pour sa défense, dans le cadre d'une instance prud'homale, se réfugiant ainsi derrière la logique propre au droit pénal[631]. Cette sévérité tranchait avec la position adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui a jugé, sur le fondement de l'article 1315 du Code civil, que « le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a normalement la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »[632]. Cette solution a suscité quelques interrogations car, en droit du travail, l'administration de la preuve repose sur un principe de loyauté[633], à l'inverse du droit pénal qui ne comporte pas un tel principe parmi les principes directeurs du procès pénal.

Par deux arrêts rendus le 11 mai 2004, la chambre criminelle revient sur sa jurisprudence pourtant bien établie. Elle prend en effet une position novatrice puisqu'elle juge qu'en vertu des droits de la défense, le salarié pouvait s'emparer des documents appartenant à l'employeur. Cette décision met un terme à la divergence de jurisprudence entre les chambres sociale et criminelle de la Cour de cassation. Dans les deux espèces, des salariés ayant soustrait des documents à leurs employeurs avaient été relaxés du chef de vol par des Cours d'appel.

Dans la première de ces affaires, la Cour de cassation rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt d'appel relaxant du chef de vol une salariée qui s'était emparée de documents appartenant à son employeur au motif que « les documents de l'entreprise dont la prévenue avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et qu'elle a appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier ». En l'espèce, les juges du fond ont relaxé la salariée au motif que l'intention de porter atteinte à la propriété n'était pas établie, dès lors qu'elle avait librement et régulièrement accès aux documents dans le cadre de l'exercice de ses

---

avoir rappelé des condamnations disciplinaires amnistiées, afin de se défendre contre une accusation de dénonciation calomnieuse, Crim., 19 juin 2007, 2 arrêts, *Bull. crim.*, n° 163 et 164.

631 Crim., 8 janvier 1979, *Bull. crim.*, n° 13, *D.*, 1979.509, note CORLAY ; 19 janvier 1994, *Dr. pénal* 1994, comm. 109, obs. A. MARON ; 16 mars 1999, n° 97-85.054.

632 Cass. Soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, M Fdida c/ Société OCME France N° Lexbase : A3756ABQ, *D.*, 1999.431, note H. GABA, *J.C.P.*, 1999.II.10166, note S. BOURETZ.

633 Cass. Soc., 20 novembre 1991.

fonctions et qu'elle n'avait pu avoir cette conscience particulière, laquelle est manifestement incompatible avec la défense de ses droits en justice, étant précisé qu'aucune autre intention autre que celle de se préserver légitimement des preuves et de les faire valoir dans le cadre de l'instance prud'homale n'était caractérisée. En d'autres termes, la Cour d'appel n'a pas retenu l'infraction en raison de l'absence d'élément moral ; la salariée n'avait cherché qu'à défendre ses droits en justice. La Cour de cassation ne se situe pas sur ce terrain et préfère relever le caractère « strictement nécessaire » de l'appréhension pour l'exercice des droits de la défense. Elle établit de la sorte un nouveau fait justificatif, une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale dont le fondement doit être précisé. Certes, la personne qui a volé la preuve pourra être poursuivie pour vol ; toutefois, si la preuve obtenue de manière illégale était strictement nécessaire aux droits de la défense, le plaideur poursuivi pour vol devra être relaxé. La solution est incontestablement audacieuse, car le salarié qui emporte des documents de l'entreprise, ou qui les reproduit, ne peut pas ignorer que ces documents appartiennent à l'entreprise et que l'employeur s'y opposerait s'il en avait la possibilité[634].

Dans la seconde affaire, pour échapper à sa responsabilité pénale, un salarié invoquait l'erreur de droit en raison de l'incertitude de la jurisprudence de Chambre criminelle qui n'était pas celle de la Chambre sociale. La Cour d'appel a retenu cette erreur de droit[635]. Cependant, la chambre criminelle casse l'arrêt de la Cour d'appel relaxant sur le fondement de l'erreur de droit une salariée pour des faits similaires au motif que « d'une part, l'erreur de droit n'était pas invincible ; d'autre part, les juges n'ont pas recherché, comme ils le devaient, si les documents dont s'agit étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la prévenue dans le litige l'opposant à son employeur »[636]. La Cour de cassation admet donc la licéité de ce mode de preuve à condition que cela soit strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense.

La décision de la Cour de cassation constitue un revirement de sa jurisprudence[637] et s'aligne sur la position de la chambre sociale. La primauté accordée à la protection des droits

[634] Christophe RADE, « *Le salarié qui emporte des documents pour se défendre en justice n'est pas un voleur* », http://www.recrulex.com/Article/CB-1381-Articles-Le-salari%c3%a9-qui-emporte-des-documents-pour-se-d%c3%a9fendre-en-justice-nest-pas-un-voleur/?cbsid=106e0dc7416f4a3e932d8cfe47e003bc-321710310-R3-4&ns_siteid=ns_fr_g_crim.,_16_mars_1999_&ArticleID=1381&cbRecursionCnt=2
[635] Art. 122-3 C. pén.
[636] Crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, Société Paumier et fils, partie civile.
[637] Crim., 24 octobre 1990, *Bull. crim.*, n° 355.

de la défense est justifiée par l'état de nécessité[638]. Cette solution vaut également pour les médecins[639] et les avocats. Pour justifier la solution, la Chambre criminelle tente de circonscrire étroitement les conditions dans lesquelles le vol ne sera pas caractérisé. La première tient aux conditions dans lesquelles le salarié doit avoir accès aux documents ; le salarié doit en effet en avoir eu connaissance « à l'occasion de ses fonctions ». La formule est large puisqu'elle n'est pas limitée aux documents dont le salarié avait connaissance « en raison de ses fonctions » ; tous les documents auxquels il avait accès, même si ces derniers ne sont pas directement liés à ses fonctions, sont donc concernés. La seconde condition tient en partie aux documents et en partie aux mobiles du salarié, même si la Cour a bien pris soin de ne pas faire directement apparaître cette dimension psychologique[640] ; les documents devaient être « strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier ». Mais, qu'entendre par « documents de l'entreprise strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense » ? Certains auteurs[641] soulignent qu'il doit s'agir de documents de l'entreprise, même si l'entreprise qui n'est pas une personne morale ne peut juridiquement en être la propriétaire. Ils définissent le document de l'entreprise comme « tous les documents quel que soit leur support, y compris évidemment les données informatiques, les enregistrements vidéo sonores… » ; les documents faisant l'objet d'un droit de propriété intellectuelle sont aussi concernés. Ces documents doivent en outre être strictement nécessaires. L'état de nécessité suppose que les documents soient utiles et aptes à résoudre le litige. C'est bien parce que le salarié a besoin de ces documents pour pouvoir exercer ses droits que son comportement ne tombe pas sous le coup de la loi.

En conséquence, la Cour de cassation admet que l'exercice des droits de la défense par un particulier constitue un fait justificatif des infractions commises pour produire la preuve de ses allégations. Cet état de la jurisprudence est pour le moins antinomique avec l'exigence d'une certaine loyauté dans la recherche des preuves, mais est révélateur de la propension

[638] La finalité probatoire pour justifier une infraction est un procédé connu. V. Douai, 25 octobre 1951 : « on ne saurait refuser à qui que ce soit le droit de se défendre, et celle liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel ».
[639] Crim., 20 décembre 1967, n° 66-92.779. Dans une affaire où un médecin avait été amené à révéler des informations couvertes par le secret médical pour assurer sa défense en justice, ce dernier avait été relaxé précisément parce qu'il avait révélé l'information pour assurer sa défense devant le tribunal.
[640] Christophe RADE, « *Le salarié qui emporte des documents pour se défendre en justice n'est pas un voleur* », art. préc.
[641] Crim., 11 mai 2004, op. cit ; Cass. Soc., 30 juin 2004, *D.*, 2004.2326, note H. KOBINA GABA.

actuelle qui consiste à faire primer de plus en plus le besoin de moyens d'enquête efficaces sur la protection des libertés individuelles.

CONCLUSION PARTIE I

Le recueil des preuves en procédure pénale peut entraîner des actes particulièrement intrusifs pour les personnes, affectant leur vie privée, leur intégrité physique ou encore leur liberté d'aller et venir. Pour écarter le risque d'atteinte, le législateur impose des règles de procédure d'autant plus que la recherche des preuves sera diligentée par des autorités policières et judiciaires : la contrainte ainsi exercée par une autorité étatique doit pouvoir être contrôlée dans un Etat de droit.

Le Code de procédure pénale prévoit, dès lors, une liste exhaustive des actes autorisés et des conditions dans lesquelles ils pourront être exécutés. Sont ainsi autorisés et encadrés les perquisitions et saisies, les fouilles, les prélèvements externes, l'audition, le transport sur les lieux, la garde à vue, les écoutes téléphoniques, les sonorisations et captation d'images... Ces actes, identiques en nature en dépit de leur qualification de police judiciaire ou d'instruction, sont articulés en un véritable répertoire à la disposition des policiers et magistrats, à quel niveau qu'ils agissent[642]. Ils sont distribués entre des cadres juridiques qui contiennent une contrainte plus ou moins forte : Les enquêtes préliminaire ou de flagrance et la commission rogatoire.

Le principe de liberté posé par l'article 427 du Code de procédure pénale est directement atteint par la nécessité de respecter les exigences de légalité, de proportionnalité, de dignité. Aussi bien, la jurisprudence exige le respect du principe de la loyauté dans les procédés mis en œuvre pour rechercher la preuve. Ainsi, le fait, pour un membre de la police judiciaire ou un magistrat, d'inciter à commettre une infraction pour ensuite la reprocher à celui qui l'a commise est, par excellence, un procédé déloyal, la négation même du procès équitable. Est également déloyal le procédé consistant, pour un policier, à se placer hors du cadre procédural prévu pour l'accomplissement d'un acte afin de recueillir des éléments d'information qu'il n'aurait pu obtenir en respectant les exigences légales.

Toutefois, si les principes de légalité et de loyauté doivent être pleinement respectés lorsque la preuve est constituée par un agent de l'autorité publique, il n'en va pas de même

[642] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 445.

lorsqu'elle est produite par un particulier ; la jurisprudence admettant que celui-ci puisse rapporter la preuve d'une infraction en usant de moyens illicites ou déloyaux.

Ainsi, alors que la loyauté constitue une pièce maîtresse des droits de la défense et participe à l'expression d'une certaine éthique de la justice, la jurisprudence profite des absences de base légale pour l'évincer. En anéantissant toute exigence de loyauté au profit des personnes privées, les juges répressifs ont tendance à privilégier la manifestation de la vérité ainsi que l'efficacité de la justice pénale.

A notre avis, que l'illégalité provienne d'un particulier ou de l'autorité publique, la dignité de la justice s'en trouvera atteinte de la même façon. L'obligation d'agir dans la clarté et conformément à la loi devrait s'appliquer quelle que soit la personne qui recueille la preuve. La seule circonstance que la preuve provient d'un particulier ne saurait légitimer son origine déloyale. On voit mal comment la libre discussion sur tel élément de preuve ferait disparaître le vice d'illicéité l'infectant. Dans un État de droit, le principe de la légalité doit s'imposer à tous, quel que soit celui qui entend administrer la preuve pénale, sauf à donner au principe de liberté de la preuve une portée qu'il n'a pas[643]. Il est donc impératif d'encadrer les preuves rapportées par les parties privées.

Ayant ainsi délimité le domaine des actes d'investigation, il serait indispensable de détailler le régime des actes d'investigation, c'est-à-dire les conditions auxquelles ces actes sont soumises, ainsi que les garanties prises par la loi pour concilier les atteintes à la vie privée et à la liberté individuelles, avec les nécessités de découverte des preuves et des auteurs d'infractions[644].

[643] Jacques BUISSON, « *Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions* », *R.S.C.*, 2003, p. 393.
[644] Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 14.

PARTIE II

LE RÉGIME DES ACTES D'INVESTIGATION ATTENTATOIRES AUX LIBERTÉS INDIVIDUELLES

La recherche et le recueil de la preuve sont nécessairement régis par des règles différentes selon qu'ils sont le fait d'un particulier ou d'un agent public ; car l'action de ce dernier implique la mise en œuvre de la contrainte étatique contre laquelle il convient, dans un Etat de droit, de protéger les personnes qui peuvent la subir[645]. Les actes d'administration de la preuve ainsi diligentés par des agents de la puissance publique ou par des magistrats s'analysent forcément en des « ingérences » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque sous leur finalité intermédiaire consistant dans la manifestation de la vérité, transparaît une finalité globale, celle de l'ordre public[646]. Conformément aux exigences découlant de ladite Convention, une législation claire et précise doit les encadrer. Sans doute, l'existence d'une législation autorisant de telles ingérences pour aider les enquêteurs à s'acquitter de leurs tâches, peut être nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales. Toutefois, ces ingérences représentant une atteinte grave au respect des libertés individuelles, le système adopté doit offrir d'importantes garanties aux citoyens, afin de les protéger des arbitraires.

En procédure pénale, le but à atteindre est, à la fois, de protéger la société contre les auteurs d'infractions et de préserver l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties, dont l'autorité judiciaire est gardienne au sens de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Certes, la répression des délits constitue un objectif légitime répondant à la préoccupation des citoyens, et participant à la sécurité des personnes et des biens, conditions de l'exercice des libertés et des droits individuels. Il en découle que, dans certaines circonstances, les libertés peuvent être limitées pour sauvegarder l'ordre public. Mais, la poursuite de cet objectif doit se concilier avec le respect des libertés et droits fondamentaux de la personne, notamment le respect de la vie privée, de la liberté d'aller et venir, des droits de la défense, des principes du procès équitable et des règles énoncées par l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

Face aux exigences de la recherche de la vérité et à la nécessaire protection des droits fondamentaux des citoyens, le législateur a réglementé soigneusement l'emploi des actes de recueil de la preuve en les soumettant à de nombreuses formalités. Chaque mode de preuve est ainsi doté d'une procédure d'obtention particulière, faisant l'objet d'une réglementation

[645] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 445.
[646] Jacques BUISSON, *L'acte de police*, thèse, Lyon III, 1998, p. 472.

spécifique et détaillée qui doit être respectée, pour que la preuve puisse être admise. Il s'ensuit que l'agent d'investigation public, libre dans le choix du mode de preuve, est contraint dans la mise en œuvre de ce mode parce que son régime juridique, gouverné par un impératif de protection des droits et libertés fondamentaux, lui est imposé.

D'ailleurs, il est à noter que seules les mesures d'investigation qui se situent au plus haut niveau dans l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux seront au centre de notre étude. Elles peuvent être réparties en deux catégories. La première comprend les mesures intrusives, dont l'objet est de recueillir l'information directement auprès de la personne concernée en pénétrant dans son domicile, en s'emparant de certains documents ou objets personnels ou encore en l'écoutant ou en l'observant à son insu dans sa vie privée[647].

Dans la deuxième catégorie figure la garde à vue, véritable atteinte à la liberté d'aller et venir. C'est l'une des contraintes les plus sévères que peut réaliser un officier de police judiciaire pour la nécessité des investigations. Aussi, tant le législateur que la Cour de cassation ont le souci de réglementer et de contrôler strictement cette mesure.

Il convient, dès lors, d'envisager successivement dans les deux titres de la présente partie les actes intrusifs et la garde à vue.

TITRE I : Les « actes intrusifs »

TITRE II : Les atteintes à la liberté d'aller et venir : La garde à vue

[647] Frédéric DESPORTES et Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 391.

TITRE I

LES « ACTES INTRUSIFS »

Les recherches intrusives peuvent porter atteinte à l'inviolabilité du domicile. Comme les autres libertés individuelles, c'est l'autorité judiciaire qui en est la gardienne d'après l'article 66 de la Constitution. Le droit au respect de son domicile est en outre expressément garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui couvre aussi la vie privée et la correspondance. Pourtant, ces droits ne sont pas absolus et la loi peut autoriser les enquêteurs, sous certaines conditions, à procéder à des perquisitions éventuellement suivies de saisies, à des écoutes téléphoniques et enfin à des sonorisations et fixations d'images.

Comme le prévoit l'article 8, « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Dès lors, les investigations intrusives peuvent consister, d'une part, en la recherche d'objets dans un domicile, opération qui se décompose en une perquisition suivie d'une saisie (Chapitre I) et d'autre part, en des enregistrements dissimulés qui prennent la forme d'écoutes téléphoniques ou encore de sonorisations ou de fixations d'images (Chapitre II). Il convient, à cet égard, de procéder à un examen des méthodes traditionnelles de recherche des preuves, avant de s'interroger sur les moyens techniques d'investigation.

CHAPITRE I : Les méthodes « traditionnelles » ayant pour finalité la recherche des preuves
CHAPITRE II : Le recours à des dispositifs « techniques » d'obtention des preuves

CHAPITRE I

LES MÉTHODES « TRADITIONNELLES » AYANT POUR FINALITÉ LA RECHERCHE DES PREUVES

Un principe fondamental du droit français fait du domicile de toute personne un asile inviolable. Bien que ce principe ait une valeur constitutionnelle, il comporte néanmoins des limites répondant aux exigences de l'ordre public.

Toute preuve matérielle d'une infraction doit être présentée devant la justice. Cependant, dans la majorité des cas, les documents intéressant l'enquête ne se trouvent pas sur les lieux de l'infraction. Ainsi, le législateur a accordé aux magistrats et à leurs auxiliaires le droit de pénétrer au domicile d'autrui, dans des conditions particulièrement strictes, pour parvenir à recueillir les éléments de preuve. Il s'agit du droit de perquisition qui s'opère, comme tous les actes attentatoires aux libertés individuelles, selon un formalisme rigoureux (Section I).

Mais, dans la mesure où une perquisition permet la découverte d'objets ou de produits utiles à la manifestation de la vérité, il va être nécessaire de pouvoir organiser une procédure qui soit de nature à permettre la conservation de ces objets, c'est-à-dire de les saisir pour les présenter à la justice afin qu'elles deviennent des pièces à conviction (Section II).

Il convient, dès lors, d'envisager successivement dans les deux sections de ce chapitre chacune de ces questions.

SECTION I
LES PERQUISITIONS

La volonté incontestable d'appréhender diligemment un meurtrier s'accompagnait de l'idée de délimiter un lieu clos, au centre duquel l'auteur de l'infraction, mais également les indices qui permettraient de le confondre seraient accessibles. Cette perspective correspond en fait aux objectifs plus contemporains accompagnant la conduite des perquisitions.

La perquisition est l'acte par lequel un magistrat ou un policier recherche au domicile d'une personne des documents et objets utiles à la manifestation de la vérité, lors d'une information judiciaire ou d'une enquête de police. En d'autres termes, perquisitionner est le fait d'entrer dans un lieu fermé où peuvent se trouver des objets dont la découverte permettrait de faire avancer la recherche de la vérité. Il s'agit donc d'un acte d'enquête ou d'instruction consistant en une inspection minutieuse effectuée par un juge ou un officier de police judiciaire sur les lieux où peuvent se trouver des éléments de preuve d'une infraction[648].

Au terme de l'article 56 du Code de procédure pénale, l'objet d'une perquisition est la saisie[649] de papiers, documents ou objets, dans le but d'acquérir la preuve de l'infraction. La perquisition a donc pour but la recherche d'une preuve de culpabilité de nature à asseoir le succès des poursuites. Et c'est d'ailleurs l'approche qu'en a la chambre criminelle de la Cour de cassation qui est venue réaffirmer l'objet d'une telle mesure : « recherche à l'intérieur du domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer les auteurs » [650]. L'accent est donc mis sur la recherche des infractions ou des auteurs. Cette volonté dérive de l'idée que la preuve de l'infraction peut encore se trouver chez l'auteur de l'infraction ou toujours être en sa possession.

Mais, cette fonction de la perquisition fait de cette mesure une atteinte grave au principe de l'inviolabilité du domicile qui est une norme de rang conventionnel[651] et

[648] La perquisition n'est prévue par la loi que dans les enquêtes de police et dans l'instruction, mais elle peut être pratiquée pendant la phase de jugement au cas de supplément d'information comportant l'exécution d'un tel acte, Art. 283, 463, 512 et 538 C. pr. pén.
[649] V. *infra*, p. 263.
[650] Crim., 6 mai 2002, n° 02-81.130 ; 22 mai 2002, n° 01-86.184.
[651] Art. 8 Conv. EDH.

constitutionnel[652]. L'inviolabilité du domicile est une règle ancienne puisque l'article 76 de la Constitution de l'an VIII disposait que *« la maison de toute personne habitant le territoire est un asile inviolable »* et que *« pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison »*. Ce principe, qui a d'ailleurs une valeur constitutionnelle, doit cependant être concilié avec d'autres impératifs de même nature. En effet, le Conseil constitutionnel a estimé que *« la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle [et] qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile »*[653].

C'est au titre de ces principes sacrés et inviolables que la loi accorde des garanties procédurales, pour limiter les effets de ces mesures et en éviter les abus, même si l'existence de régimes dérogatoires relatifs à la poursuite des infractions de criminalité organisée, est de nature à limiter la portée effective de cette protection.

Tout d'abord, il importe de définir la notion de perquisition (&I), puis, il faudra déterminer les conditions dans lesquelles elle doit être menée (&II).

&I. LA NOTION DE LA PERQUISITION

La perquisition est le droit de rechercher dans un lieu des indices afférents à l'infraction constatée et à son auteur. Elle se distingue, d'une part, de la visite domiciliaire (A) et d'autre part des fouilles (B).

A. LE DROIT DE PERQUISITION ET LA VISITE DOMICILIAIRE

La perquisition est un procédé de recherche active d'indices dans un domicile, qui permettra d'opérer une saisie ; elle implique une intrusion dans les lieux en vue de la

[652] Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 : Le conseil constitutionnel a rattaché le principe d'inviolabilité du domicile à la liberté individuelle issue de l'article 66 de la Constitution.
[653] Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.

recherche d'objets ou de documents relatifs aux faits poursuivis. Cependant, la visite domiciliaire permet d'entrer dans un lieu pour faire des constatations oculaires, sans possibilité d'y pratiquer une fouille ; la constatation est donc le propre des visites domiciliaires.

Les textes antérieurs au Code de procédure pénale distinguaient entre la perquisition et la visite domiciliaire. Celle-ci permet aux enquêteurs de pénétrer dans certains lieux, pour y effectuer des vérifications ou des constations, sans cependant fouiller l'endroit en question. Le Code de procédure pénale emploie à deux reprises le terme de « visite domiciliaire », dans les articles 59 et 76, pour soumettre la procédure en question au régime des perquisitions.

La perquisition, à l'opposé des visites domiciliaires, suppose que des recherches sont effectuées pour retrouver des objets et documents utiles à la procédure. Dès lors, ne constituent pas une perquisition, le fait pour un gendarme recherchant les auteurs d'une conduite en état d'ivresse, de se présenter au domicile du propriétaire du véhicule en cause, d'y pénétrer sur son invitation, de lui poser des questions et de l'inviter à les suivre à la brigade de gendarmerie[654]. Ainsi en va-t-il du simple contrôle de registres dont la tenue est imposée pour se livrer à une activité donnée[655] ; de la présentation au domicile de l'auteur d'un délit de conduite en état d'ivresse pour le prier de se rendre à la brigade de gendarmerie[656] ; de la remise volontaire de documents faite par l'occupant des lieux[657] ; de l'exécution des mesures provisoires nécessaires à une perquisition ultérieure[658] ; des constatations visuelles faites de l'extérieur pour vérifier l'existence de faits infractionnels ou d'objets délictueux, même avec prise de photographies[659] ou de l'édition informatique d'un registre[660]. Il en est également de policiers qui se rendent dans le hall d'un hôtel d'où ils invitent téléphoniquement l'occupant d'une chambre à les y rejoindre aux fins d'audition[661]. De même, la remise par un médecin requis à cet effet, d'un dossier médical à un officier de

[654] Crim., 12 mai 1992, *Bull. crim.*, n° 187.
[655] Crim., 27 mars 1996, *Bull. crim.*, n° 137.
[656] Crim., 15 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 117, l'audition à domicile d'une personne par des gendarmes dans le seul but de l'inviter à les accompagner à la brigade, sans nulle constatation audit domicile, ne constitue ni une perquisition, ni une visite domiciliaire.
[657] Crim., 9 mars 1994, *Dr. pénal* 1994, chron. 40, obs. LESCLOUS et MARSAT.
[658] Crim., 29 novembre 1995, *Bull. crim.*, n° 363.
[659] Crim., 29 mars 1994, *Bull. crim.*, n° 118 ; 18 juillet 1995, *Dr. pénal* 1995, chron. 59.
[660] Crim., 28 mars 1998, *Dr. pénal* 1999, comm. 35.
[661] Crim., 6 avril 1993, *Dr. pénal* 1993, chron. 59, obs. LESCLOUS et MARSAT.

police judiciaire, agissant sous l'autorité du procureur de la République ou du juge d'instruction suivant le cas, ne saurait être assimilée à une perquisition, qui suppose une recherche active des indices ou objets[662]. De façon identique, dans le cadre d'une enquête préliminaire, la remise de son plein gré, par la secrétaire-comptable, de documents qu'elle détient ne porte pas atteinte aux formalités de l'article 76 du Code de procédure pénale non applicables à l'espèce -assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu-, car la saisie ne procède pas d'une perquisition[663]. La Cour de cassation a étendu cette théorie de la remise spontanée aux cas où le propriétaire d'un local, en l'espèce un garage ou une cave d'immeuble, sollicite des policiers au sujet de choses suspectes entreposées dans ce local par un tiers inconnu[664]. Plus précisément, ne constitue pas une perquisition, et n'a donc pas à respecter les règles de celle-ci, la recherche, par le propriétaire d'un local, en présence d'agents de police judiciaire et en vue d'une remise aux services de police, d'objets introduits dans le local par un tiers n'y ayant pas son domicile. En outre, lorsque des gendarmes poussent le portail d'une propriété pour s'enquérir de l'état de santé d'une personne allongée sur le sol, ceux-ci ne réalisent aucune perquisition[665]. Enfin, le passage des enquêteurs, sans aucun acte de contrainte ou d'appréhension d'objets, dans la partie de l'habitation affectée à l'activité professionnelle de la requérante, avouée, et de son mari, avocat, ne peut être considérée comme une perquisition et reste dans le cadre strict de l'article 54 du Code de procédure pénale relatif à la conservation des indices en cas de crime flagrant[666]. Toutefois, la fouille d'un portefeuille par les douaniers est assimilable à une perquisition[667].

Il ressort donc qu'il ne peut y avoir perquisition que si l'on examine minutieusement un domicile en vue de découvrir des éléments de preuve d'une infraction et de les saisir. Ainsi, si le lieu à fouiller n'est pas un domicile, on ne saurait parler de perquisition, de sorte que le dispositif légal, notamment quant aux formes à respecter, ne pourrait pas s'appliquer[668].

---

[662] Crim., 20 septembre 1995, *Bull. crim.*, n° 276, *D.*, 1996.269, note M. PENNEAU : Les policiers qui se font remettre des documents par le secrétariat d'un hôpital en restant dans l'entrée de l'établissement et en ne procédant eux-mêmes à aucune recherche ne réalisent pas une perquisition. C'est ainsi que la chambre criminelle a validé la remise, par le directeur de l'hôpital en présence d'un représentant de l'Ordre des médecins, du dossier médical recherché en la considérant comme exclusive des règles régissant la perquisition au motif que le dossier avait été remis spontanément, sans recherche de la part de l'officier de police judiciaire.
[663] Crim., 22 mai 2002, n° 01-86.184, inédit, *R.S.C.*, 2002, p. 906, obs. J. BUISSON.
[664] Crim., 12 février 2008, *Bull. crim.*, n° 35, *AJ pénal* 2008, 244, obs. ROUSSEL, *Procédures* 2008, comm. 218, obs. J. BUISSON.
[665] Crim., 24 septembre 2003, *Dr. pénal* 2004, comm. 79.
[666] Crim., 14 septembre 2004, n° 04-83.754, *D.*, 2005.684, obs. J. PRADEL
[667] Crim., 15 octobre 1984, *Bull. crim.*, n° 298, *R.S.C.*, 1985.574, *J.C.P.*, 1985.II.20410.
[668] Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 525.

B. LES ACTES ASSIMILABLES AUX PERQUISITIONS

La perquisition consiste à rechercher, dans un domicile ou dans des locaux[669], d'indices ou de pièces de conviction utiles à la manifestation de la vérité. Quant à la fouille, elle permet la recherche d'indices dans tous autres endroits qu'un lieu immobilier clos. Le droit positif permet de fouiller une personne (1) ou un véhicule automobile (2). Fouille corporelle et visite des véhicules, telles sont les deux questions qui seront examinées au cours du présent paragraphe.

1. La fouille des personnes

La fouille consiste à rechercher sur les vêtements ou sur la personne elle-même des objets dangereux ou des indices. Elle reçoit des dénominations différentes et obéit à des régimes distincts selon qu'il s'agit d'une mesure de sécurité ou d'une mesure d'investigation. Par ordre croissant dans l'atteinte à la dignité et à l'intimité de la personne, il est permis d'opposer les fouilles par palpation (a), les fouilles intégrales, dites « à corps » (b) et les fouilles *in corpore* (c) [670].

a. Palpation de sécurité

Simple mesure de police préventive matérielle, la palpation de sécurité consiste à appliquer les mains par dessus les vêtements d'une personne qui vient d'être interpellée, afin de déceler tout objet susceptible d'être dangereux pour la sécurité de l'intervenant ou d'autrui. En d'autres termes, la palpation de sécurité consiste à tâter le corps d'une personne qui demeure vêtue afin de déterminer si celle-ci est porteuse d'un objet dangereux pour elle-même ou pour autrui, et notamment pour l'agent ou le fonctionnaire qui effectue l'opération de police. Elle peut être réalisée en de nombreuses circonstances et tout particulièrement à l'occasion d'interpellations et d'opérations de contrôle et de vérification d'identité. C'est la pratique la plus courante et qui s'effectue n'importe où. Elle n'est pas évoquée dans les textes de loi, mais elle a été reconnue par la jurisprudence.

[669] Pour la notion de domicile, v. *infra*, p. 250.
[670] Frédéric DEBOVE et François FALLETTI, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 511.

La palpation n'est pas une fouille ; elle a pour but prioritaire de s'assurer que l'individu ne présente pas de danger pour les personnes qui le contrôlent. Une palpation est légitime dès qu'il y a un comportement suspect et que l'agent ne se sent pas en sécurité. Elle peut être faite avant ou après un contrôle d'identité[671]. Elle peut être également réalisée sur des personnes se trouvant dans des zones non librement accessibles des aéroports et des ports, dans le but d'assurer préventivement la sûreté des transports aériens et maritimes[672]. Il s'agit d'une mesure préventive de police administrative[673].

Mesure peu attentatoire aux libertés, la palpation de sécurité est exécutée non seulement par un officier de police judiciaire, mais également par un agent de police judicaire, un agent de police judiciaire adjoint, un agent de sécurité privée préalablement agréé par le préfet et le procureur de la République, voire par un simple citoyen opérant l'arrestation de l'auteur du flagrant délit. Dans cette dernière hypothèse, les objets découverts sont saisis matériellement pour être remis à un officier de police judiciaire aux fins de saisie proprement dite, après interpellation de l'intéressé ; la saisie matérielle étant assimilée à un « ramassage d'objets » sur la voie publique ou dans un véhicule[674]. Le consentement de l'intéressé n'étant pas nécessaire. En dehors des ports et des aéroports, les agents précités peuvent, selon les conditions identiques, procéder à des palpations de sécurité lors de l'accès aux enceintes dans lesquelles est organisée une manifestation sportive, récréative ou culturelle rassemblant plus de 1500 spectateurs. Bien plus, les agents de sécurité privée, les vigiles assermentés ainsi que les membres des services de sécurité de la RATP et de la SNCF sont autorisés à procéder à des palpations en tous lieux tels les magasins, les entreprises, les moyens de transport, spécialement désignés par arrêté préfectoral, dès lors que le contexte s'avère menaçant pour la sécurité publique. Réalisée par des agents de même sexe que la personne fouillée, cette palpation doit requérir le consentement de l'intéressé.

---

[671] Grenoble 29 janvier 1997, *J.C.P.*, 1997.IV.2054 : « *La palpation de sécurité, sauf abus invoqué et établi, est une mesure de sûreté de lui-même et du public abandonnée par la loi à la sagesse de l'officier de police judiciaire intervenant sur le terrain dans le cadre, notamment, d'un contrôle d'identité systématique sur réquisitions écrites du procureur de la République, conformément à l'art. 78-2, al. 2 C.pr.pén., dans le but de rechercher la présence d'une arme* ».

[672] Art. L. 282-8 C. aviation civ. et art. L. 323-5 du Code des ports maritimes.

[673] Aix-en-Provence, 28 juin 1978, *Gaz. Pal.*, 1979.I.79, note P.L.G. : « *Dans leur mission de police administrative les policiers peuvent être amenés à palper sommairement ceux qu'ils contrôlent, simple mesure de sécurité justifiée par les circonstances de temps et de lieu ; une telle palpation ne saurait être assimilée à la fouille corporelle* ». Rappr., Paris, 31 mai 1990, *Dr. pénal* 1991, comm. 50, obs. A. MARON.

[674] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 388 ; Crim., 2 mars 1993, *Dr. pénal* 1993, chron. 59, obs. LESCLOUS et MARSAT, à propos d'un pistolet découvert par un agent de police judiciaire dans la boîte à gants ouverte d'un véhicule à l'occasion d'un accident de la circulation.

Si la fouille par palpation ne requiert pas de la personne qu'elle se dénude ou dévoile une partie de son anatomie, elle signifie pourtant, elle aussi, une intrusion dans son intimité, puisqu'elle suppose un contact physique entre le policier qui la réalise et la personne qui en fait l'objet. L'atteinte à la dignité est toutefois extrême dans l'hypothèse où la personne fait l'objet d'une fouille intégrale.

b. Fouilles intégrales

Rappelons qu'une fouille à corps ne saurait être faite alors qu'aucun indice n'a dévoilé préalablement une situation de flagrance[675]. Il s'agit d'une recherche matérielle tendant à faire progresser l'enquête. C'est une investigation sur le corps, ayant pour but le retrait de tout objet dans les vêtements et dans les bagages à main ou encore pour constater éventuellement des traces sur le corps.

Alors que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies sont réglementées par les articles 56 à 59, 76, 92 à 98 du Code de procédure pénale, la fouille intégrale n'était mentionnée, jusqu'à une date très récente, que dans les articles 307[676] et 308[677] du décret du 20 mai 1903 sur l'organisation et le service de la gendarmerie, ainsi que par certaines dispositions particulières du Code des douanes[678], du Code des Postes et Télécommunications, du Code rural et du Code de l'aviation civile[679]. C'est la loi du 15 août 2000 qui l'a insérée dans le Code de procédure pénale. Mais, faute de texte général, la jurisprudence l'a soumise au régime juridique des perquisitions[680].

---

[675] Crim., 16 décembre 1958, *Bull crim.*, n° 760.

[676] Cet article prévoit trois séries de situations où elles peuvent être pratiquées par les gendarmes. L'alinéa 1 dispose : « Les individus arrêtés dans les conditions prévues à l'article 306 doivent être fouillés, en vue d'assurer tant leur propre sécurité que celle des militaires de l'arme, ou pour la découverte d'objets utiles à la manifestation de la vérité ». De son côté l'alinéa 2 ajoute : « Les mêmes mesures sont prises à l'égard des individus arrêtés en vertu d'un mandat d'amener, d'un mandat d'arrêt ou d'un extrait de jugement portant condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave ». Enfin, l'alinéa 3 prévoit que : « les personnes gardées à vue sont obligatoirement fouillées avant d'être conduites devant un magistrat ».

[677] Fouille pratiquée à l'égard des individus trouvés en état d'ivresse dans un lieu public.

[678] Art. 60 C. douanes : La fouille peut être accomplie par les agents de douanes en vue de la recherche de la fraude.

[679] Art. 282-8 C. aviation civ. : Fouille pratiquée par les officiers de police judiciaire sur les aérodromes afin d'assurer préventivement la sécurité des vols, lesdits officiers de police judiciaire procédant à la visite des personnes, des bagages et des colis postaux.

[680] Crim., 22 janvier 1953, *Isnard, Bull. crim.*, n° 24, *D.*, 1953.533, note C. LAPP, *J.C.P.*, 1953.II.7456, rapp. J. BROUCHOT ; 21 juillet 1982, *Bull. crim.*, n° 196.

Les officiers de police judiciaire en usent donc dans les enquêtes préliminaires ou de flagrance, ainsi que dans l'exécution des commissions rogatoires. Dans les deux derniers cas, à peine de nullité, la fouille corporelle doit être réalisée par un officier de police judiciaire ; le consentement de l'intéressé n'étant pas nécessaire. Par contre, lors de l'enquête préliminaire, elle ne peut être exécutée par les officiers ou agents de police judiciaire qu'avec l'assentiment écrit et exprès de la personne sur laquelle l'opération est conduite.

Les fouilles intégrales consistent à exiger d'une personne qu'elle se dénude, ce, afin de scruter son anatomie, tout particulièrement ses aisselles, détecter la présence d'objets dangereux ou de substances prohibées ou encore rechercher de traces de lutte sur le corps. Il peut ainsi être demandé à la personne de se tourner, de se pencher et de tousser. Cet acte de procédure doit être effectué par une personne du même sexe. En cas d'absence d'officier de police judiciaire féminin, le directeur d'enquête fait opérer la fouille par une employée de son service. Toutefois, le respect des heures légales prévu pour les perquisitions ne s'applique pas aux fouilles « à corps »[681], lesquelles doivent être distinguées d'une notion voisine : fouille *in corpore*.

c. Investigations corporelles internes

Les fouilles « *in corpore* », appelées aussi « *fouilles des cavités* » sont les plus attentatoires à la dignité et à la pudeur de la personne concernée. Il s'agit de pénétrer l'enveloppe corporelle d'une personne[682] afin d'y rechercher des substances ou des objets dissimulés. Alors même que le Code de procédure pénale ne la prévoit pas expressément, la condition tenant à l'identité de sexe, régulièrement rappelée par la jurisprudence européenne[683], devrait trouver à s'appliquer.

En raison de la gravité de cette mesure, elle est subordonnée à des conditions très strictes. Notamment, la fouille doit être pratiquée par un officier de police judiciaire en enquête de flagrance. En outre, l'enquêteur agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire, ne peut l'effectuer sans avoir recueilli l'autorisation écrite et expresse de l'intéressé. Une telle

[681] Crim., 8 novembre 1979, *J.C.P.*, 1980.II.10337.
[682] Toucher rectal ou voire vaginal.
[683] CEDH, 24 juillet 2001, *Valasinas c/ Lituanie.*

mesure est mise en œuvre soit en matière douanière ou pénitentiaire, soit à l'occasion d'une garde à vue.

En effet, au sens de l'article 60 *bis* du Code des douanes[684], lorsqu'il y a des raisons sérieuses laissant présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, les agents des douanes, sur consentement exprès de la personne, peut procéder à des examens médicaux de dépistage. Si la personne refuse, une demande d'autorisation doit être formulée au juge des libertés et de la détention. Le magistrat désigne le médecin qui pratiquera cet examen. Le refus de l'intéressé de s'y soumettre constitue un délit puni d'un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende.

Des investigations corporelles internes peuvent également être effectuées sur les détenus, qu'il s'agisse des prévenus ou de condamnés. Elles interviennent le plus souvent à l'occasion d'extractions ou de mouvements à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire.

Enfin, des fouilles corporelles internes peuvent être pratiquées sur une personne placée en garde à vue, à condition qu'elles soient indispensables pour les nécessités de l'enquête et pratiquées par un médecin requis à cet effet. Cette disposition est prévue par l'article 63-5 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 15 juin 2000, dont il faut se féliciter. Pourtant, cet article offre moins de garanties que l'article 60 *bis* du Code des douanes. L'autorité pouvant requérir ces investigations corporelles internes n'a pas été spécifiée. A certains égards, l'article 63-5 du Code de procédure pénale est même en retrait par rapport à l'article préliminaire III alinéa 3 du même Code qui prévoit notamment que les mesures de contrainte sur une personne suspectée de la commission d'une infraction doivent être prises sur décision ou sous contrôle effectif de l'autorité judiciaire[685]. Compte tenu du caractère extraordinairement coercitif de ce geste, il faut réserver, à notre sens, une telle décision au seul officier de police judiciaire.

Pour rechercher des objets ou documents susceptibles de faire progresser l'enquête, les enquêteurs ont également la possibilité de fouiller un véhicule ; la loi sur la sécurité intérieure

[684] Introduit par la loi du 31 décembre 1987.
[685] François FOURMENT, *Procédure pénale*, op. cit., p. 91.

a étendu les possibilités de fouilles de véhicules par les flics en introduisant de nouveaux articles dans le Code de procédure pénale.

2. La fouille des véhicules

La Chambre criminelle a considéré que les voitures terrestres à moteur ne peuvent être assimilées à des domiciles et il n'y a donc pas lieu d'appliquer la procédure prévue pour la perquisition[686]. On peut donc fouiller un véhicule de nuit.

Pendant longtemps, les fouilles de véhicule n'ont pas été encadrées par le législateur et un projet de loi voté en 1976 avait étendu le droit de fouille à tout véhicule stationnant sur la voie publique. Mais, il a été annulé par le Conseil constitutionnel[687] ; celui-ci s'est fondé sur l'article 66 de la Constitution pour censurer les dispositions d'une loi qui confiait aux enquêteurs le pouvoir de procéder à la visite des véhicules d'office, sans qu'une infraction n'ait été caractérisée et flagrante, et cela en l'absence de contrôle de la part d'un magistrat. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que cela portait atteinte à l'intimité et qu'il faut qu'une fouille soit autorisée par l'autorité judiciaire.

A la suite des attentas du onze septembre 2001, le législateur a donné aux officiers de police judiciaire la possibilité de contrôler les véhicules qui sont sur la voie publique, et ce sur réquisitions du procureur de la République. Une première loi du 15 novembre 2001 est intervenue pour mettre en place un tel dispositif temporairement. C'est la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure qui a rendu permanente cette faculté. Cette loi a inséré, dans le chapitre III du Code de procédure pénale consacré aux contrôles et vérifications d'identité, des dispositions relatives à la fouille des véhicules. La règle suivie aujourd'hui est donc bien, d'une part, la nécessité que le véhicule ait un lien avec une infraction et, d'autre part, le fait qu'on n'a pas à respecter la réglementation générale de la perquisition. Saisi pour statuer sur les atteintes estimées excessives aux libertés, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution « en raison de la condition à laquelle elles subordonnent les visites », considérant qu' « elles ne méconnaissent pas l'article 66 de la

[686] Crim., 11 septembre 1933, *D.*, 1937.I.40, note G.L.; 8 novembre 1979, *Bull. crim.*, n° 311, *J.C.P.*, 1980.II.19337, note DAVIA, *D.*, 1980.I.523, obs. CHAMBON.
[687] Cons. const., déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *D.*, 1978.I.173, note HAMON et LEAUTE, *R.S.C.*, 1977.620, obs. A. DECOCQ.

Constitution et qu'elles sont formulées en termes assez clairs et précis pour respecter la mission confiée au législateur par l'article 34 de celle-ci »[688].

Le domaine des visites des véhicules (a) et leurs modalités d'application (b) sont prévues par le Code de procédure pénale, aux articles 78-2-2 à 78-2-4.

a. Domaine

Le contrôle des véhicules, compte tenu de la contrainte qu'il impose à leur propriétaire, est encadré dans des conditions strictes. En réalité, le Code de procédure pénale prévoit trois situations distinctes dans lesquelles sont permises les visites des véhicules. Les premières sont des visites de véhicules sur réquisitions écrites du procureur de la République (aa) ; les secondes sont des visites de véhicules en raison de soupçons de commission de crime ou de délit flagrant (bb) et les troisièmes constituent des visites de véhicules pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens (cc).

aa. Les fouilles sur mandat du procureur de la République

L'article 78-2-2 du Code de procédure pénale revient sur la fouille des véhicules telle qu'introduite par la loi « sécurité quotidienne » du 15 novembre 2001. Sur réquisitions écrites du procureur de la République, aux fins de recherche et de poursuite d'actes de terrorisme, d'infractions en matière d'armes et d'explosifs, de vol, de recel ou de trafic de stupéfiants, les officiers de police judiciaire assistés, le cas échéant, d'agents de police judiciaire et d'agents de police judicaire adjoints peuvent procéder à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public. De telles visites ne peuvent être menées que dans les lieux fixés par le procureur et pendant la période qu'il détermine et qui ne peut excéder vingt-quatre heures. Cette durée peut être renouvelée sur décision expresse et motivée de ce dernier pour une ou plusieurs nouvelles durées de vingt-quatre heures, l'article 78-2-2 n'ayant d'ailleurs fixé aucune limite maximale.

Le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur ne constituent pas une cause de nullité des procédures incidentes. La

[688] Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

découverte d'infractions autres que celles mentionnées dans la liste de l'article 78-2-2, comme par exemple une infraction de séjour irrégulier[689], peut donner lieu à une procédure de flagrant délit incidente.

Outre ces visites pouvant être qualifiées de générales, le législateur autorise la fouille du véhicule dont le conducteur ou le passager voit peser sur lui la suspicion.

bb. Les fouilles sur soupçon de participation à une infraction flagrante

L'article 78-2-3 du Code de procédure pénale dispose que les officiers de police judiciaire assistés, le cas échéant, d'agents de police judiciaire et d'agents de police judicaire adjoints, peuvent visiter les véhicules circulant ou arrêtés sur la voie publique ou dans un lieu accessible au public, lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou d'un passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre, comme auteur ou comme complice, un crime ou délit flagrant. Ces dispositions s'appliquent également à la tentative. Puisque ces fouilles ne portent que sur des personnes suspectes et, par ailleurs, dans le cadre de la flagrance, le consentement de l'intéressé n'est pas requis.
Aussi bien, les fouilles peuvent être qualifiées d'administratives, ayant pour objet de prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens.

cc. Les fouilles préventives

Le législateur a également permis, dans l'article 78-2-4 du Code de procédure pénale, aux officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, aux agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints, de visiter les véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public, pour

[689] Civ. 2e, 19 février 2004, *Bull. civ*., II, n° 70, *D*., 2004, I.R., 677, *AJ pénal* 2004, 160, obs. A. PITOUN, *Dr. pénal* 2004, comm. 56, obs. A. MARON : sauf en cas de circonstances exceptionnelles, par exemple en cas de menace d'attentat, ces opérations ne peuvent être effectuées de façon aléatoire et elles ne doivent concerner que des véhicules présentant un caractère suspect, de par leur apparence ou leur localisation rendant vraisemblable leur utilisation dans la commission d'une ou plusieurs des infractions visées dans les réquisitions du procureur, mais il n'est pas nécessaire que le procureur, pour prendre ses réquisitions, démontre l'existence d'indices d'une infraction visée à l'article 78-2-2. La suspicion d'infraction peut par exemple résulter de la présence d'objets suspects à l'intérieur du véhicule et visibles de l'extérieur, du fait qu'il s'agit d'un véhicule signalé volé ou du stationnement irrégulier et/ou prolongé du véhicule devant un lieu sensible.

prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens. Cette visite suppose l'accord du détenteur du véhicule ou, à défaut, des instructions du procureur de la République. Dans l'attente de pareilles instructions, l'agent de police administrative a la possibilité d'immobiliser la voiture pour une durée qui ne peut excéder trente minutes.
Si les objectifs et domaines des fouilles de véhicules sont distincts, leurs modalités sont en revanche très similaires.

b. Modalités d'organisation

Pour l'exécution de toutes les fouilles de véhicules, l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale fournit le dispositif applicable : les articles 78-2-3 et 78-2-4 du même Code renvoient en effet à ses alinéas 2, 3 et 4.

Il est d'abord prévu que les véhicules en circulation ne peuvent être immobilisés que le temps strictement nécessaire au déroulement de la visite qui doit avoir lieu en présence du conducteur. Si le véhicule est à l'arrêt ou en stationnement, la visite se déroule en présence du conducteur ou du propriétaire du véhicule ou, à défaut, d'une personne requise à cet effet et qui ne relève pas de l'autorité administrative du policier. La présence d'une personne extérieure n'est toutefois pas requise si la visite comporte des risques graves pour la sécurité des personnes et des biens.

En cas de découverte d'une infraction ou si le conducteur ou le propriétaire du véhicule le demande ou encore si la visite se déroule en leur absence, il est établi un procès-verbal mentionnant le lieu et les dates et heures du début et de la fin des opérations. Dans ce cas, un exemplaire en est remis à l'intéressé et un autre est transmis sans délai au procureur de la République.

Il est à noter que les véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence[690], ne peuvent être visités que conformément aux dispositions relatives aux perquisitions et visites domiciliaires. Relevons, précisément, que les restrictions d'heures qui sont apportées aux perquisitions ne s'appliquent pas aux fouilles des véhicules.

[690] Exemple du camping.

Après avoir défini la notion de perquisition, il convient maintenant de s'attacher à sa mise en œuvre.

&II. LE DÉROULEMENT DES PERQUISITIONS

Les perquisitions sont une atteinte au droit à l'inviolabilité du domicile et sont donc très étroitement réglementées. Elles sont soumises à des conditions de fond (A) et de forme (B) que les enquêteurs doivent respecter dès lors qu'ils fouillent précisément un domicile. L'inobservation des règles ainsi fixées est susceptible d'entraîner la nullité de la perquisition (C).

A. LES CONDITIONS DE FOND

La question est ici de savoir en quels lieux les perquisitions peuvent être menées (1), qui peut les pratiquer (2) et à quel moment (3).

1. Les lieux de la perquisition

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire commis rogatoirement étaient autorisés à perquisitionner, non seulement chez les suspects, mais aussi chez des tiers non inculpés ni soupçonnés[691]. En revanche, en cas d'infraction flagrante, ledit code limitait le droit de perquisitionner au seul domicile du coupable possible[692].

Les textes actuels ont unifié la réglementation, sous des formules voisines. En effet, lors d'une enquête préliminaire ou de flagrance, la perquisition est possible non seulement au domicile de personnes qui paraissent avoir participé comme auteur ou complice au crime, mais également à celui des personnes qui paraissent détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, sans qu'il soit nécessaire qu'une infraction soit caractérisée à leur égard[693]. Au cours de l'instruction et plus précisément, dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire, le texte est plus simple ; la perquisition est opérée dans tous les lieux

[691] Art. 87, al. 1 et 3 CIC.
[692] Art. 26 CIC.
[693] Art. 56 C. pr. pén. ; Crim., 27 janvier 1987, *Bull. crim.*, n° 41, *D.*, 1987, Somm. 408, obs. J. PRADEL, *D.*, 1988.179, note DAROLLE.

où peuvent se trouver des objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité[694]. Sachant qu'en réalité, la solution est la même que pour l'enquête. Ainsi, la perquisition n'a pas nécessairement lieu au domicile d'un suspect. A titre exceptionnel, aucune perquisition n'est possible dans les locaux diplomatiques ou dans l'habitation personnelle d'un diplomate, sauf accord de ce dernier. Il s'ensuit que la réglementation de perquisition ne s'applique qu'aux locaux susceptibles d'être qualifiés de « domicile », d'où la nécessité de préciser la notion de « domicile ».

La notion de domicile est une notion civiliste qui découle de l'article 102 du Code civil : « *Le domicile de tout français, quant à l'exercice de ses droits civils est le lieu où il a son principal établissement* ». Mais, en matière pénale, et donc en matière de procédure pénale, la notion de domicile doit être appréhendée d'une façon différente. En effet, la notion de principal établissement est trop imprécise pour pouvoir caractériser tous les cas de figures posés par ce type de problème. La jurisprudence a donc dû définir le contour de ce domicile, pouvant faire l'objet d'une perquisition : « Le terme de domicile, au sens des articles 56 et 76 du Code de procédure pénale, ne signifie pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement mais encore le lieu ordinairement clos et habitable où la personne a le droit de se dire chez elle, qu'elle y habite ou non et quel que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donné aux locaux »[695]. Cette détermination précise par la jurisprudence de la notion de domicile, permet une meilleure articulation de cette notion, en lui permettant de s'adapter à des cas de figures multiples et variés. Il en est ainsi d'un local d'habitation normalement clos, même précaire, d'un hôtel[696], d'un véhicule aménagé comme habitation et effectivement utilisé comme résidence ou caravane. De même, la jurisprudence a estimé que les lieux de travail peuvent être fouillés librement mais que les bureaux personnels des dirigeants, tels le bureau du chef d'entreprise ou du président d'un organisme comme une chambre des métiers, donnent lieu aux formalités des perquisitions[697]. Autrement dit, la perquisition ne peut y être opérée qu'en la présence du chef d'entreprise lui-même ou d'une personne qu'il a expressément délégué à cet effet. En revanche, la perquisition effectuée dans l'entreprise elle-même peut avoir lieu en la présence d'un adjoint du patron ou d'une personne

[694] Art. 94 C. pr. pén.; Crim., 13 janvier 1956, *Bull. crim*., n° 465.
[695] Crim., 26 février 1963, *Bull. crim.*, n° 92; 13 octobre 1982, *Bull. crim.*, n° 281.
[696] Crim., 31 janvier 1914, *S*. 1916.I.59; 30 mai 1980, *Bull. crim*., n° 165.
[697] Crim., 27 septembre 1884, *Bull. crim*., n° 275; 24 juin 1987, *Bull. crim.*, n° 267; 28 février 1989, *Bull. crim.*, n° 96.

se comportant comme le représentant qualifié de la personne morale[698]. La Cour de cassation a également admis qu'une personne morale a, elle aussi, un domicile, constitué des bâtiments qu'elle occupe et des terrains adjacents et clos[699].

Ce concept des lieux assimilés au domicile conduit à éluder certaines distinctions telles que l'usage permanent ou temporaire, la qualité de propriétaire ou de simple occupant, etc. Aussi, le domicile de la mère d'un requérant peut être régulièrement perquisitionné en l'absence de celle-ci lorsqu'il n'est pas porté atteinte aux intérêts de ce requérant[700].

A *contrario*, les locaux dépourvus d'équipements nécessaires à une habitation effective et dans lesquels il n'est pas exercé d'activité permanente ne constituent pas un domicile[701]. Dans cet esprit, la chambre criminelle de la Cour de cassation a validé la décision de la chambre d'accusation qui, par une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause a considéré qu'un appartement partiellement détruit et devenu inhabitable, avait perdu toute affectation de domicile[702]. De façon identique, ne sont pas assimilés à un domicile un atelier de ciselure et une fonderie « dépourvus des équipements nécessaires à une habitation effective »[703]. En ce sens, la pièce du domicile d'un tiers dans laquelle un inculpé s'est fait clandestinement héberger pour se soustraire aux poursuites dont il est l'objet, ne constitue pas le domicile de cet inculpé. Aussi, la perquisition effectuée dans ce local en l'absence de l'inculpé arrêté est régulière dès lors qu'elle a eu lieu en présence de la personne propriétaire de l'appartement où ledit local est situé[704].

Pareillement, la jurisprudence a exclu l'assimilation d'une automobile[705], d'un bateau non aménagé[706], d'une consigne de gare[707], d'une barque[708], d'un garage[709], d'un coffre

[698] Crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 226, *Dr. pénal* 1996, comm. 170 et 174, obs. A. MARON.
[699] Crim., 23 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 193, *Dr. pénal* 1995, chron. 42, obs. LESCLOUS et MARSAT, comm. 220, obs. VERON.
[700] Crim., 1er février 1988, *Bull. crim.*, n° 47.
[701] Crim., 4 mai 1994, *Dr. pénal* 1994, chron. 59.
[702] Crim., 31 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 213, *Dr. pénal* 1994, comm. 194, obs. A. MARON.
[703] Crim., 17 octobre 1995, *Bull. crim.*, n° 310.
[704] Crim., 30 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 70.
[705] Crim., 8 novembre 1979, *Bull. crim.*, n° 311, *J.C.P.*, 1980.II.19337, note DAVIA.
[706] Crim., 20 novembre 1984, *Bull. crim.*, n° 355, une petite embarcation ne peut être comparée à « un yacht de plaisance, un voilier de haute mer ou une péniche ».
[707] Crim., 12 octobre 1993, *Bull. crim.*, n° 287, *D.*, 1994, Somm. 186, obs. J. PRADEL.
[708] Crim., 20 novembre 1984, op. cit.
[709] Crim., 29 mars 1994, *Bull. crim.*, n° 118, *D.*, 1995, Somm. 144, obs. J. PRADEL.

bancaire[710] et d'un local inoccupé et dépourvu de tout immobilier à des domiciles. Il en est de même pour la cour non close d'un immeuble[711], une cabane de chasse non aménagée[712], le vestiaire d'une caserne de pompiers[713], le hall d'un hôtel[714], la cage d'escalier d'un immeuble collectif[715], ou encore une cellule de maison d'arrêt[716]. Le fait que ces lieux ne constituent pas un domicile ne signifie pas, toutefois, qu'il soit interdit aux policiers d'y effectuer une recherche. Au contraire, ils n'y sont pas soumis au régime de la perquisition ; l'opération peut donc être faite de nuit et sans la présence de témoins. Un procès-verbal de perquisition reste toutefois nécessaire.

Il n'est donc pas possible de réaliser la perquisition dans n'importe quel domicile sur la base d'intuitions vagues. Aussi, la gravité de cette opération conduit à la réserver à certaines autorités seulement.

2. Les titulaires du droit de perquisition

En principe, la perquisition est menée par un organe de police judiciaire, officier de police judiciaire ou agent de police judiciaire, selon le type de l'enquête (a). Cependant, certains locaux bénéficient, dans le cadre de la perquisition, d'une protection particulière ; en pareil cas, la perquisition doit être effectuée, non pas par un membre de police judiciaire, mais par un magistrat (b).

a. Régime général

Dans le cadre d'une enquête de flagrance, la perquisition est effectuée par les officiers de police judiciaire et le procureur de la République[717]. L'article 54 du Code de procédure pénale impose que ce soit un officier de police judiciaire qui effectue la perquisition. L'accomplissement de cette mesure ne peut donc être exercé que par une personne offrant des gages de professionnalisme et de compétence qui lui sont conférés par son statut. L'agent de

[710] Crim., 25 mai 1954, *J.C.P.*, 1954.II.8411, note critique Vienne.
[711] Crim., 26 septembre 1990, *Bull. crim.*, n° 321.
[712] Crim., 9 janvier 1992, *Bull. crim.*, n° 6.
[713] Crim., 17 mai 1993, non publié.
[714] Crim., 6 avril 1993, non publié.
[715] Versailles, 26 septembre 1988, *Dr. pénal* 1996, chron. 4.
[716] Crim., 18 octobre 1989, *Gaz. Pal.*, 1990.I.235.
[717] Art. 68, al. 2 C. pr. pén.

police judiciaire n'est, par conséquent, pas habilité à exécuter une perquisition dans le cadre de la flagrance. Toutefois, il peut assister l'officier de police judiciaire dans cette action. Dans cette hypothèse, il n'est pas considéré comme une personne qualifiée au sens de l'article 60 du Code procédure pénale et n'a donc pas à prêter serment. Telle est, par exemple, la situation de l'agent de police judiciaire, spécialiste dans le domaine informatique, appelé à seconder un officier de police judiciaire dans l'exécution d'une perquisition[718]. En l'occurrence, la chambre criminelle se fonde sur l'article 20 du Code de procédure pénale pour légitimer la participation de deux agents de police judiciaire du service d'enquête sur les fraudes aux technologies de l'information, à la perquisition. Cette hypothèse est désormais prévue à l'article 57-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 18 mars 2003, lequel dispose que « les officiers de police judiciaire, ou sous leur responsabilité, les agents de police judiciaire peuvent au cours d'une perquisition accéder par un système informatique à des données… ». Pour autant, un agent de police judiciaire peut intervenir dans un local à la demande du propriétaire qui découvre en ses lieux du « matériel suspect » déposé à son insu par un tiers. La Cour de cassation retient alors le principe de la remise spontanée[719].

L'officier de police judiciaire saisi de l'affaire se doit d'en informer le procureur de la République qui, en tant que chef de la police judiciaire, dirige l'action des officiers de police judiciaire. Il a seul, avec les personnes qualifiées par lui requises, le droit de prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques avant de procéder à leur saisie.

Il en va également dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire. L'officier de police judiciaire délégué opère, sous la direction et le contrôle du magistrat mandant, la perquisition dans tous les lieux où il est possible de trouver des objets utiles à la manifestation de la vérité. On indiquera ici que les perquisitions ordonnées par le magistrat instructeur ne peuvent avoir d'autres fins que la recherche d'objets utiles à la manifestation de la vérité. Dès lors, est irrégulière la commission rogatoire par laquelle le magistrat instructeur prescrit à l'officier de police judiciaire de procéder, à l'occasion d'une perquisition, à la captation, la transmission et l'enregistrement de conversations dans un domicile privé ; de telles opérations n'étant autorisées ni par l'article 81 du Code de procédure pénale, ni par les articles 100 et

[718] Crim., 27 juin 2001, n° 01-81.865, *D.*, 2001. 2947.
[719] Crim., 12 février 2008, n° 07-87.862.

suivants dudit Code[720]. Lorsque le juge d'instruction perquisitionne en personne, il est assisté de son greffier et accompagné, éventuellement, par le procureur de la République qu'il doit aviser.

Cependant, au cours d'une enquête préliminaire, le droit de perquisitionner appartient non seulement à l'officier de police judiciaire en charge du dossier, mais aussi à l'agent de police judiciaire énuméré par l'article 20 du Code de procédure pénale[721].
Donner à l'agent de police judiciaire le pouvoir de perquisitionner dans le cadre de l'enquête préliminaire, et lui retirer ce pouvoir en cas de flagrance revient au pouvoir de contrainte qui, conditionnelle en enquête préliminaire, caractérise celle de flagrance. En effet, en cas d'enquête préliminaire, la perquisition ne peut être exécutée de manière coercitive à l'encontre d'une personne sans que celle-ci ne l'ait préalablement acceptée. Dès lors, confier aux agents de police judiciaire le droit de perquisitionner dans ce cadre d'enquête, ne constitue pas un danger pour les libertés, tant que ces agents ne peuvent user des pouvoirs de contrainte sans avoir obtenir l'autorisation du particulier préalablement à l'exécution de cette mesure, à peine de nullité de l'acte. Ce formalisme est destiné à servir de garantie face aux abus de certains policiers trop zélés.

En revanche, la contrainte caractérise l'enquête de flagrance. C'est pourquoi, le législateur a imposé au seul officier de police judiciaire l'accomplissement de cette mesure. Cela revient à l'idée que l'officier de police judiciaire, à raison de sa formation et du contrôle particulier de l'autorité judicaire auquel il est soumis, est destiné à offrir à la personne dont le domicile fait l'objet d'une perquisition sous contrainte, des garanties protectrices de ses droits. Toutefois, il est interdit aux policiers d'accomplir des perquisitions dans les lieux où sont détenus certains secrets ; une telle possibilité est exclusivement réservée à un magistrat.

[720] Crim., 15 février 2000, *Bull. crim.*, n° 68*:* Seul celui qui en a été personnellement victime peut invoquer une violation des règles de procédure, portant atteinte à la vie privée. Ainsi, la personne mise en examen n'est pas recevable à se prévaloir de l'irrégularité d'une perquisition et des renseignements de conversations effectués au domicile d'un tiers.
[721] Art. 75 C. pr. pén.

b. Régime particulier des locaux couverts par le secret

Des dispositions particulières sont prévues lorsque des perquisitions doivent être effectuées à l'intérieur de locaux où sont susceptibles de se trouver des documents soumis au secret professionnel. Sous le régime du Code d'instruction criminelle, muet sur ce point, la pratique avait décidé que la perquisition chez les professionnels ne peut avoir lieu que dans le cadre de l'instruction préparatoire, à l'initiative du juge. Elle était, en outre, effectuée par le bâtonnier ou le président du Conseil de l'ordre auquel appartenait le processionnel chez qui on perquisitionnait, en présence du juge d'instruction. Ce dernier se borne à accompagner le bâtonnier ou le président du Conseil de l'ordre, mais c'est ce dernier qui perquisitionne, recherche les documents et apprécie ceux qu'il convient de saisir.

Puis, une loi du 30 décembre 1985 a inséré un nouvel article 56-1 au Code de procédure pénale qui visait uniquement les perquisitions effectuées chez un avocat, ce qui pourrait laisser supposer que les perquisitions dans les cabinets des autres professionnels tenus au secret, sont soumises aux règles de droit commun des perquisitions. Ensuite, c'est la loi du 4 janvier 1993 qui a étendu les formalités prévues pour l'avocat au médecin, notaire, avoué, huissier et aux entreprises de presse ou de communication audiovisuelle. Récemment, la loi du 29 juillet 2009[722] a inséré au Code de procédure pénale un nouvel article 56-4 relatif aux perquisitions dans des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale et dans des lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale. Les termes des articles 56-1 à 56-4 susvisés désignent exhaustivement ces lieux. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 juin 2003[723], souligne que les locaux professionnels d'un mandataire judiciaire ne sont pas entendus au sens des dispositions légales régissant les perquisitions de ces lieux « protégés ». Par conséquent, l'officier de police judiciaire conserve, en exécution d'une enquête de flagrance, son pouvoir de perquisitionner le local du mandataire judiciaire.

Dès lors, nous examinerons successivement les mécanismes particuliers de protection du cabinet ou du domicile d'un avocat (aa), du cabinet d'un médecin ou d'une étude d'un

[722] Loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.
[723] Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.*, n° 129, *R.S.C.*, 2004. 422, obs. J. BUISSON.

notaire, d'un avoué ou d'un huissier (bb), des locaux de presse (cc) et des locaux secret - défense (dd).

aa. Cabinet ou domicile d'un avocat

Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile sont visées à l'article 56-1 du Code de procédure pénale[724]. Elles ne peuvent être opérées que par un magistrat, accompagné du bâtonnier ou de son représentant. Avant de procéder à cet acte d'investigation, le magistrat, qu'il soit le procureur de la République ou le juge d'instruction selon le type d'enquête, doit prendre une décision écrite et motivée mentionnant la nature de l'infraction objet de poursuite, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci et ce, à peine de nullité. Cette décision est d'ailleurs portée à la connaissance du bâtonnier dès le début de la perquisition, à peine de nullité. Le magistrat qui procède à la perquisition doit veiller à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat[725]. Toutefois, ne constituent pas une perquisition les constatations effectuées par un officier de police judiciaire au domicile d'un avocat et de son épouse avoué, dans la mesure où les policiers ont été invités à entrer dans les lieux par le mari et n'ont procédé à aucune fouille, mais se sont simplement contentés d'effectuer un passage dans l'étude d'avoué et le garage y donnant accès[726].

Les dispositions précitées sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal de grande instance qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

A notre avis, le secret professionnel de l'avocat et les droits de la défense de son client seront mieux protégés si la pratique de la perquisition serait confiée à un magistrat tiers au conflit, en l'occurrence le juge des libertés et de la détention, par exemple.
Ces règles protectrices prévues pour les avocats ont été étendues au profit des médecins, notaires, avoués ou huissiers.

[724] Art. 56-1 C. pr. pén., modifié par les lois du 12 décembre 2005 et 4 janvier 2010.
[725] Crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 238, *J.C.P.*, 2002.II.10060, note P. CONTE.
[726] Crim., 14 septembre 2004, *Bull. crim.*, n° 206.

bb. Cabinet d'un médecin, notaire, avoué, huissier

Aux termes de l'article 56-3 du Code de procédure pénale, les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier sont effectuées par un magistrat et en présence du représentant de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son délégué. Toutefois, si le magistrat instructeur peut en principe mener seul la perquisition, il a été jugé qu'il pouvait commettre à cette fin rogatoirement un officier de police judiciaire, à la condition que celui-ci se contente de se faire remettre des documents[727]. Il est à noter que le texte de l'article 56-3 ne vise en effet que le « cabinet » des professions. Ainsi, le médecin ne pourrait-il exiger l'application de l'article 56-3 à la perquisition de sa chambre d'hôtel[728].
Cette jurisprudence relative aux perquisitions dans les cabinets des médecins a parallèlement été développée à propos du secret absolu des journalistes sur leurs sources

cc. Locaux de presse

L'article 56-2 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 2010[729] prévoit que les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, dans les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle sont réservées aux magistrats, qui veillent à ce que ces investigations ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste, au secret des sources en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et ne constituent pas un obstacle ou n'entrainent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information[730].

Ce nouveau texte doit permettre à la France de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La justice ne peut rechercher l'origine d'une information et ainsi porter atteinte au secret de ses sources « directement ou indirectement »

[727] Crim., 20 septembre 1995, *D.*, 1996.296, note PENNEAU.
[728] Crim., 8 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 124, *D.*, 1999.221, une chambre d'hôtel occupée par le médecin d'une équipe sportive n'est pas un cabinet médical.
[729] Loi du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, *JO* 5 janvier 2010.
[730] Crim., 29 novembre 1995, *Bull. crim.*, n° 363.

que « lorsqu'un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi ». La perquisition n'est donc régulière que si elle est nécessaire et proportionnée au but poursuivi, au regard de l'article 10, & 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La chambre criminelle a jugé que les dispositions de l'article 109, alinéa 2, du Code de procédure pénale relatives à la protection des sources des journalistes ne sauraient interdire l'exécution d'une perquisition dans une entreprise de presse pour y trouver les sources que les journalistes peuvent ne pas divulguer. L'arrêt du 5 décembre 2000 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[731] confirme la régularité de perquisitions exécutées au sein d'entreprises de presse, dans le cadre d'une information ouverte pour atteinte à l'intimité de la vie privée, conservation et publication de documents obtenus par une telle atteinte, afin de découvrir les noms des photographes en cause. Alors que les requérants se prévalaient de la protection des sources journalistiques, consacrée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Haute juridiction a validé ces actes d'investigations « réalisés pour répondre aux impératifs du droit au respect de la vie privée et de la protection de l'ordre public […], limités dans le temps et dans l'espace et seuls susceptibles d'aider à la manifestation de la vérité ».
Ainsi, la chambre criminelle a indiqué que de telles perquisitions n'avaient pas à être annulées dès lors qu'il était établi « que ces ingérences de l'autorité publique étaient nécessaires et proportionnées au but légitime visé »[732].

Le nouvel article 56-2 est désormais calqué sur l'article 56-1 relatif aux perquisitions dans les cabinets d'avocats. Ainsi, le magistrat qui effectue la perquisition prend préalablement une décision écrite et motivée indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons la justifiant et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance de la personne présente en application de l'article 57. Celle-ci et le magistrat ont seuls le droit de prendre connaissance des documents ou des objets découverts lors de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie.

[731] Crim., 5 décembre 2000, *Bull. crim*., n° 362, *D.* 2002.2769, obs. J.-Y. DUPEUX, *R.S.C.*, 2001.604, note FRANCILLON, *J.C.P.*, 2001.II.10615, note P. CONTE.
[732] Crim., 30 octobre 2006, *Bull. crim*., n° 258, *D.*, 2007.1240, note GUEDJ, *R.S.C.*, 2007.106, note FRANCILLON, *J.C.P.*, 2007.II.10054, obs. FOURMENT, *Dr. pénal* 2007, chron. 1, note MOUYSSET.

En conclusion, le législateur prévoit des règles particulières lorsque des perquisitions doivent être effectuées chez certaines professions. Aussi bien, de nouvelles dispositions visant principalement à protéger certains intérêts tels les secrets de la défense nationale ont-elles été introduites récemment au Code de procédure pénale.

dd. Locaux abritant des secrets de la défense nationale

À plusieurs reprises ces dernières années, des magistrats instructeurs ont procédé à des perquisitions dans des locaux - sièges de services de renseignement, cabinets ministériels, présidence de la République, etc. - où ils ont examiné ou saisi des pièces couvertes par le secret-défense. La loi du 29 juillet 2009 innove en matière de protection des lieux abritant des secrets de défense Nationale, en rendant très difficiles, dans les faits, ces perquisitions spectaculaires auxquelles les juges d'instruction s'étaient habituées. Un nouvel article 56-4 est introduit dans le Code de procédure pénale. Il concerne trois types de locaux : les lieux dont on sait qu'ils peuvent abriter des documents couverts par le secret de la défense nationale, les lieux « neutres » dans lesquels un document classifié est présent et les lieux « hautement sensibles qui abritent des activités ou des installations particulièrement essentielles à la protection des intérêts vitaux de la nation »[733]. Il s'agit dans cette dernière hypothèse des lieux classifiés auxquels il ne peut être accédé, sans que, à raison des installations et des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale[734].

Ainsi, lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale[735], elle ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense

[733] Jean GUISNEL, « *L'accès des juges aux locaux secret-défense sera sévèrement encadré* », http://www.spyworld-actu.com/spip.php?article9119

[734] Projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, http://www.senat.fr/rap/a08-493/a08-4938.html

[735] La liste des lieux est établie de façon précise et limitative par arrêté du Premier ministre. Cette liste, régulièrement actualisée, est communiquée à la Commission consultative du secret de la défense nationale ainsi qu'au ministre de la justice, qui la rendent accessible aux magistrats de façon sécurisée. Le magistrat vérifie si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition figure sur cette liste. Les conditions de délimitation des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

nationale. Ce dernier peut être représenté par un membre de la commission ou par des délégués, et être assisté de toute personne habilitée à cet effet.

La perquisition ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite du magistrat qui indique au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale les informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Le président de la commission ou son représentant se transporte sur les lieux sans délai. Au commencement de la perquisition, le magistrat porte à la connaissance du président de la commission ou de son représentant, ainsi qu'à celle du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu, la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition, son objet et les lieux visés par cette perquisition. Seul le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, son représentant et, s'il y a lieu, les personnes qui l'assistent peuvent prendre connaissance d'éléments classifiés découverts sur les lieux. Le fait de dissimuler dans ces lieux des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers non classifiés, en tentant de les faire bénéficier de la protection attachée au secret de la défense nationale, expose son auteur aux sanctions prévues à l'article 434-4 du Code pénal[736].

En outre, lorsqu'à l'occasion d'une perquisition, un lieu non-protégé se révèle abriter des secrets de la défense nationale, le magistrat présent sur le lieu ou immédiatement avisé par l'officier de police judiciaire en informe le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Les éléments classifiés sont placés sous scellés, sans en prendre connaissance, par le magistrat ou l'officier de police judiciaire qui les a découverts, puis sont remis ou transmis, par tout moyen en conformité avec la réglementation applicable aux secrets de la défense nationale, au président de la commission afin qu'il en assure la garde. Les opérations relatives aux éléments classifiés font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint au dossier de la procédure.

---

[736] Art. 434-4 C. pén. : « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité :*
1° De modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit soit par l'altération, la falsification ou l'effacement des traces ou indices, soit par l'apport, le déplacement ou la suppression d'objets quelconques ;
2° De détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables.
Lorsque les faits prévus au présent article sont commis par une personne qui, par ses fonctions, est appelée à concourir à la manifestation de la vérité, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende ».

Enfin, lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale, elle ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Ce dernier peut être représenté par un membre de la commission et être assisté de toute personne habilitée à cet effet. Le magistrat vérifie auprès de la Commission consultative du secret de la défense nationale si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition fait l'objet d'une mesure de classification.

La perquisition ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite et motivée qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, ainsi que le lieu visé par la perquisition. Le magistrat transmet cette décision au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Il la porte, au commencement de la perquisition, à la connaissance du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu.

La perquisition doit être précédée d'une décision de déclassification temporaire du lieu aux fins de perquisition et ne peut être entreprise que dans les limites de la déclassification ainsi décidée. A cette fin, le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, saisi par la décision du magistrat, fait connaître sans délai son avis à l'autorité administrative compétente sur la déclassification temporaire, totale ou partielle, du lieu aux fins de perquisition. L'autorité administrative fait connaître sa décision sans délai. La déclassification prononcée par l'autorité administrative ne vaut que pour le temps des opérations. En cas de déclassification partielle, la perquisition ne peut être réalisée que dans la partie des lieux qui fait l'objet de la décision de déclassification de l'autorité administrative. Les dispositions de l'article 56-4 sont édictées à peine de nullité.

M. Nicolas Braconnay, membre de l'Union Syndicale des Magistrats, considère cette réforme inefficace et dangereuse pour l'indépendance de l'autorité judiciaire[737]. Il estime que la loi du 29 juillet 2009 se donne pour mission de parvenir à un équilibre entre la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation que protège le secret-défense, et l'efficacité de la recherche de la vérité dans les enquêtes pénales ; pourtant, elle ne se montre pas à la hauteur

[737] Nicolas BRACONNAY, « *Secret-défense : une réforme dangereuse* », http://www.tnova.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=804

de ses ambitions : elle fait le choix d'un renforcement des pouvoirs de l'administration dans l'usage du concept de secret-défense, au prix d'une fragilisation du statut et des missions de l'autorité judiciaire[738]. Le Syndicat des Avocats de France prévoit, pour sa part, que ce dispositif est susceptible d'entraver l'action de la justice dans des affaires sensibles[739]. Il ajoute que, dans un contexte politique où la dépénalisation du droit des affaires est revendiquée, le nouvel article 56-4 est une nouvelle manifestation de la volonté de l'exécutif de porter atteinte à l'indépendance de la justice.

En définitive, si la perquisition est possible dans tous les lieux où la personne a le droit de se dire chez elle, une protection particulière est toutefois prévue pour certains locaux. Aussi, pour éviter de troubler la tranquillité des personnes, le législateur n'a-t-il pas hésité à préciser le moment de la perquisition.

3. Le moment de la perquisition

La perquisition ne peut pas, en principe, avoir lieu de nuit (a). Toutefois, ce principe n'est pas absolu et connaît des exceptions (b).

a. L'interdiction des introductions nocturnes

Le législateur, soucieux de préserver la tranquillité des ménages, est venu instituer des régimes légaux relatifs aux horaires des perquisitions. Le souci est ici celui de la protection des personnes vivant avec l'auteur d'une infraction. En effet, les turpitudes de ce dernier ne doivent pas rejaillir sur les membres de sa famille, par le biais d'un trouble excessif causé par des perquisitions nocturnes de nature à troubler leur tranquillité et à occasionner un choc important.

[738] Par exemple, la nécessité, pour toute perquisition effectuée dans un lieu « susceptible d'abriter des éléments couverts par le secret », de se voir précéder d'une décision écrite et motivée adressée au président de la CCSDN constitue une première atteinte manifeste non seulement au secret des enquêtes pénales, mais encore au principe de séparation des pouvoirs : l'autorité judiciaire se voit en effet sommée de justifier à une autorité administrative le contenu et les motifs des diligences qu'elle envisage d'accomplir pour parvenir à la manifestation de la vérité.

[739] L'élargissement du secret défense, une menace pour les libertés publiques, http://www.lesaf.org/index.php?view=items&cid=45%3Ainformations&id=256%3Alelargissement-du-secret-defense-une-menace-pour-les-libertes-publiques&format=pdf&option=com_flexicontent

L'article 59, auquel renvoient les articles 76, pour ce qui concerne l'enquête préliminaire, et 92, pour ce qui concerne l'information, dispose que les perquisitions ne peuvent être « *être commencés avant six heure et après vingt et une heure* ». Elles ne sont donc possibles que de jour, sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison[740].

Cependant, il faut distinguer entre le pouvoir de pénétrer dans les lieux et la perquisition elle-même[741]. En effet, l'officier de police judiciaire ayant pénétré dans les locaux avant vingt et une heure peut se poursuivre jusqu'à la fin, même si elle se termine de nuit[742] ; il suffit donc pour qu'une perquisition soit valable qu'elle ait commencée avant vingt et une heure. C'est donc l'heure du début de la perquisition qui est visée. Il est toutefois à noter que ces horaires ne s'appliquent pas à certaines infractions, comme il sera vu au point suivant.

b. Les exceptions à la protection nocturne du domicile

La loi prévoit des hypothèses précises qui permettent exceptionnellement de perquisitionner à toute heure du jour et de la nuit. Ces perquisitions, dictées par la stricte nécessité qu'apprécie le Conseil constitutionnel, sont autorisées dans les lieux ouverts au public (aa), dans les établissements de prostitution (bb), pour la recherche et la constatation des infractions de trafic de stupéfiants (cc) et plus généralement pour les infractions relevant de la criminalité organisée (dd).

aa. Lieux ouverts au public

En vertu du décret du 19 juillet 1791, les officiers peuvent pénétrer à toute heure du jour et de la nuit dans les lieux où tout le monde est admis indistinctement, tels que les cafés, cabarets, boutiques et autres, ainsi que dans les lieux où se déroulent habituellement des jeux de hasard, mais seulement sur la désignation qui leur en aurait été donnée par deux citoyens domiciliés[743]. De sa part, l'article L.177 du Code de la santé publique donne au directeur départemental de la Santé et aux commissaires de police le droit de pénétrer de jour et de nuit

[740] Crim., 2 janvier 1936, *D.*, 1936.I.46 ; 19 juin 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10226 ; 9 avril 1986, *Bull. crim.*, n° 121.
[741] Crim., 25 juin 1998, *Ting et a : Juris-Data* n° 003475
[742] Paris, 24 janvier 1952, *S.*, 1952.2.93, concl. COMBALDIEU.
[743] Art. 9 dudit décret.

dans les cliniques et maisons d'accouchement pour y procéder à toutes investigations, constatations ou enquêtes. Mais, ces présentes dispositions n'autorisent que des simples constations et vérifications ; elles accordent aux auteurs de perquisition le pouvoir de pénétrer pour y effectuer des visites domiciliaires, sans toutefois permette de perquisitionner sauf en cas de flagrance ou du mandat du juge d'instruction.
Les perquisitions nocturnes sont également possibles dans les établissements de prostitution.

bb. En matière de proxénétisme

En matière de proxénétisme, hors circonstance aggravante de bande organisée, l'article 706-35[744] du Code de procédure pénale autorise des perquisitions à toute heure du jour et de la nuit et sans l'autorisation préalable du juge, à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boisson, club, cercle, dancing, lieu de spectacle et leurs annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public, lorsqu'il est constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement.

Ce principe d'autorisation, permettant de déroger au respect des heures légales, est également possible pour la recherche des infractions de trafic de stupéfiants.

cc. En matière de stupéfiants

Pour la recherche et la constatation des infractions visées à l'article 706-26, l'article 706-28 du Code de procédure pénale autorise les perquisitions, en dehors des heures légales, à l'intérieur des locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants, lorsqu'il ne s'agit pas des locaux d'habitation, sans que soit exigée l'autorisation du juge des libertés et de la détention. C'est une liberté laissée à l'initiative de l'officier de police judiciaire[745].

Ces opérations doivent, à peine de nullité, être autorisées, sur requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il s'agit de les effectuer dans

[744] Modifié par la loi du 5 mars 2007.
[745] Hervé VLAMYNCK, « *Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes* », *art. préc.*, p. 190.

une maison ou dans des locaux d'habitation ou un appartement, à moins qu'elles ne soient autorisées par le juge d'instruction. Chaque autorisation fait l'objet d'une décision écrite, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels les visites, perquisitions et saisies peuvent être effectuées, et motivée par référence aux éléments de fait justifiant que ces opérations sont nécessaires. Celles-ci sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. Ces actes ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées à l'article 706-26.

Perquisitionner de nuit est également permis lorsqu'on est en présence d'une infraction réalisée en bande organisé. Le régime des perquisitions de droit commun étant trop complexe et inadapté aux nouvelles formes de la criminalité organisée, le législateur a jugé opportun d'assouplir les conditions dans lesquelles il peut être procédé à de telles mesures, en autorisant les introductions nocturnes.

dd. En matière de criminalité organisée

Afin d'obtenir de meilleurs résultats et une élucidation accrue des affaires, les investigations doivent, corrélativement, être facilitées en matière de criminalité organisée. En effet, les nécessités de renforcer l'efficacité de la lutte contre certaines formes de la criminalité particulièrement dangereuses ont conduit le législateur à autoriser des perquisitions en dehors des heures prévues par l'article 59 du Code de procédure pénale. Tel est l'objet des articles 706-89 à 706-95 nouveaux dudit Code qui améliorent substantiellement le cadre juridique des perquisitions.

Conditions de fond (i), de forme (ii) et d'exécution (iii) des perquisitions nocturnes sont les trois questions qui seront examinées au cours du présent paragraphe.

i. Conditions de fond

Pour aborder les conditions de fond des perquisitions nocturnes, il convient de distinguer entre l'enquête de flagrance (§1), l'enquête préliminaire (§2) et l'enquête sur commission rogatoire (§3).

§1. Lors d'une enquête de flagrance

Pour les crimes et délits entrant dans le champ de l'article 706-73 du Code de procédure pénale qui regroupe, rappelons-le, les crimes et les délits les plus graves relevant de la criminalité organisée, l'article 706-89 du même Code autorise, dans le cadre de l'enquête de flagrance, que des perquisitions et visites domiciliaires soient opérées en dehors des heures prévues par l'article 59, y compris dans des locaux d'habitation. Toutefois, la mise en œuvre de perquisitions de cette nature doit être autorisée par le juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République et justifiée par les nécessités de l'enquête. Les mêmes règles s'appliquent en enquête préliminaire, sous réserve de relever que la perquisition de nuit n'est pas possible dans un local d'habitation.

§2. Lors d'une enquête préliminaire

Les conditions de fond des perquisitions nocturnes dans le cadre de l'enquête préliminaire sont visées à l'article 706-90 du Code de procédure pénale. En effet, sur requête du procureur de la République fondée sur les nécessités de l'enquête relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut autoriser l'officier de police judiciaire à procéder à pénétrer dans tout lieu exclusif de toute habitation en dehors des heures légales, aux fins de perquisition. Cette perquisition ne peut donc concerner des locaux d'habitation.

Quelle que soit la rédaction défectueuse de ce texte, le législateur a voulu autoriser tout à la fois la pénétration coercitive alors que l'enquête préliminaire requiert normalement l'assentiment de la personne concernée et la pénétration dans un lieu clos en dehors des heures légales pour l'une des finalités décrites[746].

§3. Lors de l'exécution d'une commission rogatoire

Aux termes de l'article 706-91 du Code de procédure pénale, si les nécessités de l'instruction relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut décider que des perquisitions et visites domiciliaires

[746] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 517.

pourront être effectuées de nuit, lorsque ces opérations ne concernent pas des locaux d'habitation.

Toutefois, dans certaines affaires, c'est précisément au domicile de la personne mise en examen que se trouvent les pièces recherchées qui risquent de disparaître si leur saisie n'est pas effectuée rapidement. C'est la raison pour laquelle le second alinéa de cet article prévoit qu'en cas d'urgence, le juge d'instruction peut également autoriser les officiers de police judiciaire à procéder à ces opérations dans les locaux d'habitation. La perquisition hors les horaires légaux n'est donc plus interdite dans les locaux d'habitation mais seulement soumise à condition. Elle est possible :

1° Lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant ;

2° Lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ;

3° Lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73.

Il s'agit d'un « copier coller » d'une partie de l'article 706-24-1 du Code de procédure pénale relative aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, disposition qui, à notre connaissance, n'a jamais été appliquée en raison de sa maladresse évidente de rédaction et de la crainte d'une éventuelle censure par la chambre de l'instruction ou la Cour de cassation[747].

Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré ces dispositions. Il a toutefois émis une réserve d'interprétation concernant la perquisition de nuit dans des locaux d'habitation aux termes de laquelle le juge d'instruction ne doit autoriser cette perquisition que si elle ne peut vraiment pas être réalisée dans d'autres circonstances de temps[748].

En toute hypothèse, les policiers ne peuvent valablement procéder à une perquisition de nuit, sans y avoir été préalablement autorisés.

[747] Hervé VLAMYNCK, « *Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes* », *AJ pénal* 2004, p. 190.

[748] Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

ii. Conditions de forme

L'article 706-92 du Code de procédure pénale fixe les conditions de forme auxquelles doit se conformer l'autorisation de perquisitionner délivrée par le juge des libertés et de la détention ou, le cas échéant, par le juge d'instruction saisi. Cette autorisation doit faire l'objet d'une ordonnance écrite, insusceptible d'appel, précisant la qualification de l'infraction et l'adresse des lieux dans lesquels les perquisitions peuvent être faites. En outre, l'ordonnance doit être spécialement motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Aux termes de la réserve du Conseil constitutionnel, cette exigence de motivation oblige en ce qui concerne les locaux d'habitation, à préciser pourquoi la perquisition ne peut se dérouler dans d'autres circonstances de temps.
Lorsque la perquisition est ordonnée par le juge d'instruction et a lieu de nuit en raison, notamment, du risque de disparition des preuves, l'ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit ou de fait qui constituent le fondement de cette décision.

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé le 9 décembre 2004[749], dans une affaire relative aux conditions dans lesquelles des perquisitions domiciliaire et aux sièges de sociétés peuvent être effectuées, qu'un mandat de perquisition devait être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise notamment dans le droit au respect du domicile d'une personne, ne soit pas potentiellement illimitée. Le mandat doit comporter des mentions minimales afin de permettre de contrôler si les agents qui l'ont exécuté ont respecté le champ d'investigation qu'il a déterminé. Le déroulement de la perquisition doit donc être encadré par des garanties adéquates et suffisantes contre les abus, de sorte que les ingérences doivent être raisonnablement proportionnées au but légitimé recherché[750].

Compte tenu du caractère extraordinairement intrusif de perquisitions nocturnes, le législateur a fixé certaines conditions pour l'exécution de ces opérations qu'il nous faut maintenant examiner.

[749] CEDH, 9 décembre 2004, requête n° 41872/98.
[750] CEDH, 25 février 1993, *Funke c/ France*, Série A, n° 256-A.

iii. Conditions d'exécution

Pour assurer la garantie judiciaire exigée par le Conseil constitutionnel qui oblige le juge à un contrôle concret[751], les opérations de perquisition sont menées sous le contrôle du magistrat, auteur de l'autorisation, qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales[752]. Cette possibilité de contrôle sur place par le magistrat requis permet, dans le cadre d'une affaire particulièrement sensible par exemple, d'apporter toutes les garanties attachées à la présence d'un juge du siège.

La sanction de la violation des exigences posées pour la perquisition est la nullité de la mesure, ce qui est logique puisque l'ordonnance n'est pas juridictionnelle. Il s'agit de garantir que le cadre législatif du régime dérogatoire des perquisitions en matière de criminalité organisée sera respecté. Aussi, bien que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction saisi soit insusceptible d'appel, le non respect des dispositions encadrant ces opérations pourra-t-il néanmoins être contesté par les parties devant la chambre de l'instruction ou le tribunal correctionnel saisi dans les conditions de droit commun[753]. Cependant, afin d'éviter des annulations pour des raisons de pure forme, la nullité d'un acte suppose-t-elle la preuve d'un grief en application de l'article 802 du Code de procédure pénale.

Seconde garantie visée à l'article 706-93, ces perquisitions ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge. En effet, la loi prend soin de rappeler que tout détournement de procédure, caractérisé par l'utilisation de ce pouvoir à d'autres fins, est interdit « à peine de nullité ». C'est dire que tout détournement serait sanctionné de l'annulation de la perquisition et des saisies nocturnes litigieuses, sans démonstration de grief, l'excès de pouvoir étant alors caractérisé puisque leur auteur se trouverait dépourvu de tout pouvoir. Il s'agit là de la réaffirmation du traditionnel principe de la spécialité en procédure pénale qui signifie que le juge, ou les agents par lui requis, ne peuvent agir que dans la limite de leur saisine. Ainsi,

[751] Cons. const., déc. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, vidéosurveillance ; déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, perquisitions de nuit.
[752] Art. 706-92, al. 1 C. pr. pén.
[753] V. M. Jean-Luc WARSMANN, Rapport n° 2378 d'information de la commission des lois sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0856-t1.asp#P1209_214600

lorsqu'une perquisition permet de révéler d'autres infractions dont le juge ou ses délégués ne sont pas saisis, il leur appartient de dresser un rapport des faits nouveaux découverts au procureur de la République qui seul à le pouvoir d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi comme le prévoit l'article 31 du Code de procédure pénale[754]. Le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Que ce soit le jour ou exceptionnellement durant la nuit, la régularité des perquisitions est subordonnée au respect de certaines formes[755]. Ce formalisme est destiné à offrir à la personne, dont le domicile fait l'objet d'une perquisition, des garanties protectrices de ses droits.

B. LES CONDITIONS DE FORME

Outre la rédaction d'un procès-verbal des opérations (3), diverses formalités sont imposées en matière de perquisition. Elles ont pour but d'établir un équilibre entre la recherche de la vérité et le respect des libertés fondamentales des citoyens, et tout particulièrement de leur vie privée, dont la protection du domicile est un aspect essentiel. Il s'agit de la présence de l'intéressé (1) et de son consentement (2).

1. Présence de l'intéressé

Quelle que soit la nature de l'enquête, la personne chez laquelle la perquisition se déroule doit être présente sur les lieux (a). Une exception est toutefois prévue lorsque l'infraction relève de la criminalité organisée (b).

[754] Crim., 11 janvier 1967, *Bull. crim*., n° 22.
[755] Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 568.

a. Principe

Au cours d'une enquête préliminaire ou de flagrance[756], que la perquisition ait lieu chez le suspect ou chez un tiers, la personne, au domicile de laquelle la perquisition a lieu, doit être présente[757]. Cette présence, qui n'est pas synonyme de consentement dans le cadre de la flagrance, reste toutefois impérative, et seule son impossibilité imposera à l'officier de police judiciaire d'y déroger. Dans ce cas, ladite personne sera alors invitée « à désigner un représentant de son choix ». A défaut, l'officier de police judiciaire choisira deux témoins requis à cet effet par lui, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative[758]. Par conséquent, des enquêteurs ou des personnes qualifiées requises, intéressés par la procédure en cours, ne pourront être désignés en qualité de témoins.

L'impossibilité doit être réelle. En ce sens, le seul fait qu'un individu se trouve en détention au moment d'une perquisition ne peut légitimer son absence à l'occasion du déroulement de celle-ci[759]. De même, le seul constat de la concomitance entre l'audition d'un gardé à vue et la perquisition de son domicile ne saurait justifier que cette dernière soit réalisée hors de sa présence. La chambre criminelle, dans un arrêt du 23 février 1988[760], considère ainsi que l'évocation non circonstanciée de l'état de santé d'une personne gardée à vue ne permet aucunement aux enquêteurs de se soustraire au respect des dispositions du premier alinéa de l'article 57 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation précise, en outre, que l'absence d'un intéressé détenu ne saurait être légitimée par le fait que celui-ci n'a pas « contesté la présence de stupéfiants dans les lieux »[761]. En revanche, la chambre criminelle confirme la régularité d'une perquisition effectuée en l'absence du prévenu dans un box loué sous une fausse identité[762].

Dans le cadre de l'instruction préparatoire, les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets ou des données informatiques dont la découverte

[756] Art. 57 C. pr. pén. Bien que l'article 76 ait omis de renvoyer à l'article 57, on admet que ce dernier s'applique aussi à l'enquête préliminaire.
[757] Crim., 30 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 113 et 114.
[758] Crim., 7 décembre 1993, *Bull. crim.*, n° 372, *Dr. pénal* 1994, comm. 72, obs. A. MARON, ne pourront être témoin ni d'autres policiers, ni une personne requise par l'OPJ, telle que le serrurier.
[759] Crim., 27 septembre 1984, *Bull. crim.*, n° 275.
[760] Crim., 23 février 1988, *Bull. crim.*, n° 91.
[761] Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 07-80807, *D.*, 2007.1817, chron. CARON et MENOTTI.
[762] Crim., 3 juin 2004, n° 03-83.334, inédit.

serait utile à la manifestation de la vérité. Si la perquisition a lieu au domicile de la personne mise en examen, le juge d'instruction doit se conformer aux dispositions des articles 57 et 59[763] vues ci-dessus. Cela dit que la perquisition doit être opérée en présence de la personne mise en examen ou de son représentant, ou à défaut, de deux témoins désignés par un officier de police judiciaire et ne dépendant pas de son autorité. En outre, si la perquisition a lieu chez un tiers, celui-ci est invité à être présent. Si cette personne est absente ou refuse d'y assister, la perquisition a lieu en présence de deux de ses parents ou alliés présents sur les lieux, ou à défaut, en présence de deux témoins désignés[764].

Donc, dans tous les cas, la perquisition doit avoir lieu en présence du titulaire des droits sur les lieux visités, qu'il s'agisse de la personne poursuivie ou d'un tiers[765]. Ces dispositions sont destinées à assurer une sauvegarde maximale du respect du secret professionnel et des droits de la défense, par la présence lors de cette perquisition de la personne mise en examen, de l'un de ses représentants, ou de deux témoins désignés par un officier de police judiciaire. Des dispositions plus souples sont toutefois prévues en matière de criminalité organisée.

b. Modalités particulières

Une extension des possibilités de procéder à la perquisition en l'absence de l'intéressé a été prévue à l'article 706-94 du Code de procédure pénale, depuis le 1er octobre 2004. Elle couvre les cas où l'intéressé, au cours d'une enquête de flagrance ou d'une instruction relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73, se trouve en garde à vue ou détenu en un autre lieu, et que son transport sur place paraît présenter un risque de disparition de preuves ou d'indices matériels ou encore un risque de trouble à l'ordre public voire d'évasion. La perquisition sans l'assistance du maître du lieu nécessite dans cette hypothèse l'autorisation préalable du procureur de la République ou du juge d'instruction ; elle est alors effectuée en présence de deux témoins ne relevant pas de leur autorité requis dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 57, alinéa 2 ou d'un représentant désigné par celui dont le domicile est en cause.

[763] Art. 95 C. pr. pén.
[764] Art. 96 C. pr. pén.
[765] Crim., 28 février 1989, *Bull. crim.*, n° 96 ; 30 mai 1997, *Procédures* 1997, comm. 275, obs. J. BUISSON, une personne morale est valablement représentée par un directeur salarié ou son mandataire.

Cette possibilité est également offerte dans le cadre d'une enquête préliminaire lorsque, par dérogation, la perquisition est effectuée sans l'assentiment de la personne concernée dans les conditions prévues aux articles 76 et 706-90 du Code de procédure pénale. L'accord est alors donné par le juge des libertés et de la détention.

En définitive, afin d'éviter, d'une part, les contestations des personnes faisant l'objet de la perquisition et, d'autre part, les éventuels abus de policiers anxieux de les mettre en cause, des précautions du bon déroulement des opérations ont été prises. Le consentement de l'intéressé est une autre condition requise pour la réalisation de la perquisition ; mais, il n'est exigé que dans certaines circonstances.

2. Condition de consentement

La perquisition réalisée par l'officier de police judiciaire dans le cadre d'une enquête de flagrance ou lors de l'exécution d'une commission rogatoire est par nature coercitive. Elle ne nécessite donc pas de recueillir l'autorisation préalable de la personne chez laquelle elle est effectuée[766].

A l'opposé, le propre de l'enquête préliminaire est plutôt de ne pas être coercitif. A cet égard, la perquisition ne peut avoir lieu qu'avec le consentement préalable du particulier subissant cette mesure (a). Mais, ce principe d'assentiment connaît une exception (b).

a. L'assentiment exprès en enquête préliminaire

Le droit de perquisition en enquête préliminaire présente deux garanties. En premier lieu, la perquisition ainsi que les visites domiciliaires, ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle elle a lieu. En second lieu, et dans un souci de garantir les droits de la défense, ce consentement ne peut être recueilli que conformément aux dispositions légales qui le régissent. Il doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès verbal ainsi que de son assentiment. Donc, les officiers et les agents de police judiciaire qui les secondent ne peuvent perquisitionner, qu'à la condition d'avoir obtenu l'assentiment manuscrit de

[766] Crim., 30 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 165, *D.*, 1981.533.

l'intéressé, donné en connaissance de cause. La formule consacrée par la pratique est la suivante : « Sachant que je puis m'opposer à la visite de mon domicile, je consens expressément à ce que vous y opériez les perquisitions et saisies que vous jugerez utile à l'enquête en cours »[767].

Cette formalité contenue aujourd'hui dans le Code de procédure pénale est le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle. En effet, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la jurisprudence se contentait d'un accord tacite de la personne chez qui cette perquisition avait lieu, que le policier mentionnait sur son procès verbal ; certains arrêts admettant même que « s'introduire sans opposition ne constituait pas une violation de domicile ». Puis, une évolution s'est produite et la jurisprudence est devenue plus exigeante : le consentement de l'intéressé n'était valable « que lorsqu'il est donné en toute connaissance de cause ». Dans son arrêt du 28 janvier 1987[768], la chambre criminelle a admis que les mentions manuscrites des, nom, prénom, domicile, date, heure, « lu et approuvé » et signature apposées sur un formulaire préétabli et reproduisant la phrase précédente suffisaient à caractériser le consentement de l'intéressé. Si bien qu'aujourd'hui, la jurisprudence n'hésite pas à annuler les perquisitions ne respectant pas les formes prévues par l'article 76, alinéa 2 du Code de procédure pénale, ainsi que tous les actes subséquents, lorsque l'autorisation de la personne a été fournie sur un document dactylographié, non écrit de la main de l'intéressé ». Ce consentement émane de l'occupant légitime des lieux[769] ou du représentant qualifié de la personne morale[770].

Enfin, l'enquêteur a classiquement recours à un interprète lorsque la personne au domicile de laquelle s'effectue la perquisition ne maîtrise pas la langue française, afin d'obtenir dans les mêmes conditions son assentiment. Une fois consenti, ce dernier devient alors irrévocable. Il n'est ainsi plus possible pour l'intéressé de se rétracter s'il venait à s'apercevoir que les résultats de la perquisition lui seraient défavorables. Cependant, la loi du 9 mars 2004 a souhaité permettre aux officiers de police judiciaire de passer outre un refus éventuel de la personne chez qui est réalisée la perquisition.

[767] Art. C. 136, al. 2 C. pr. pén.
[768] Crim., 28 janvier 1987, *Bull. crim.*, n° 48.
[769] Crim., 24 juin 1987, *Bull. crim.*, n° 267.
[770] Crim., 12 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 279.

b. Les limites à l'exigence du consentement

Depuis un arrêt du 29 mars 1917 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[771], la jurisprudence était constante en admettant qu'un commissaire de police ne peut procéder à aucune perquisition dans le domicile d'un particulier, sans mandat du juge d'instruction, à peine de nullité de l'opération. Il n'en est autrement que si le maître de la maison a donné son consentement librement et en connaissance de cause. La loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne[772] a prévu la possibilité, sur autorisation écrite et motivée du juge des libertés et de la détention, de procéder exceptionnellement à des perquisitions sans l'accord de l'intéressé au cours d'une enquête préliminaire. Ce pouvoir d'enquête exorbitant du droit commun n'est possible que dans les domaines des infractions en matière d'armes et explosifs ou de trafic de stupéfiants. La même possibilité avait déjà été ouverte auparavant par le législateur en matière de terrorisme.

Ces dispositions ont été remplacées par celles issues de la loi du 9 mars 2004. Désormais, l'article 76 du Code de procédure pénale, qui pose le principe de l'assentiment de la personne chez qui a lieu une perquisition au cours d'une enquête préliminaire, a été complété par un alinéa qui assouplit la portée de cette exigence. Cet alinéa prévoit que, si les nécessités de l'enquête[773] relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, décider que la perquisition sera effectuée sans le consentement de la personne chez qui elle a lieu.

Cette innovation permet ainsi, dans de nombreuses procédures, d'éviter de recourir à l'ouverture d'une information qui ne serait justifiée que par l'impossibilité de procéder à une

[771] Crim., 29 mars 1917, *D.*, 1921.I.48.
[772] Art. 76-1 C. pr. pén., résultant de l'article 24 de la loi du 15 novembre 2001.
[773] Circulaire NOR JUS-D-04-30184C du 21 septembre 2004 présentant les dispositions générales de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1er octobre 2004, § 1.2.1.2. : L'exigence de nécessité signifie également qu'une fois l'autorisation accordée, les perquisitions, visites et saisies doivent être opérées dans les meilleurs délais. Elle n'implique toutefois pas que la perquisition doive être effectuée le jour même où elle a été autorisée, rien n'interdisant aux enquêteurs, agissant conformément aux directives du parquet, de programmer dans le cadre de leur enquête préliminaire une perquisition chez une personne suspecte plusieurs jours à l'avance, et d'obtenir à cette fin une autorisation du juge des libertés et de la détention. Il n'est au demeurant pas prévu par la loi que le juge des libertés et de la détention précise la date à laquelle la perquisition autorisée pourra être effectuée, ni n'indique une date limite avant laquelle les opérations devront avoir lieu.

perquisition, compte tenu du refus – prévisible ou déjà intervenu – de la personne intéressée. Une telle disposition ne constitue en aucun cas un recul dans l'encadrement des perquisitions. Autrefois, le refus d'une personne de se soumettre à une perquisition était surmonté par l'ouverture d'une instruction préparatoire. La solution envisagée par le législateur, qui facilitera les perquisitions au cours des enquêtes préliminaires, offrira les mêmes garanties qu'au cours d'une instruction ; une décision du juge des libertés et de la détention étant nécessaire**.**

La perquisition en préliminaire, sans l'accord de la personne, n'est donc possible qu'en cas de crime ou de délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement**.** Il peut s'agir**,** par exemple, des vols ou des abus de confiances aggravés, d'escroquerie ou de certaines violences ou destructions ou dégradations aggravées, ou encore des agressions sexuelles. Ainsi, les dispositions autorisant la perquisition sans le consentement de l'intéressé ne sont pas limitées aux délits en matière d'arme ou de stupéfiants, comme l'étaient celles de l'article 76-1. Elles ne sont pas non plus limitées aux cas de délinquance organisée, même si elles s'appliquent par exemple au délit d'association de malfaiteurs.

Bien que la loi ne le précise pas, la circulaire du 21 septembre 2004 précise que le procureur de la République devra motiver la requête écrite qu'il adresse au juge des libertés et de la détention. Cette requête comprendra les indications susceptibles d'être reprises par ce juge dans sa décision, s'il fait droit à la demande du parquet. Elle devra donc viser la procédure d'enquête en cours et mentionner la qualification des infractions concernées ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels la perquisition doit être effectuée, tout en précisant les éléments de fait justifiant de la nécessité de cette perquisition[774].

Quant à la décision du juge des libertés et de la détention, elle doit préciser, à peine de nullité, la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées. Cette décision doit par ailleurs être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Cependant, le magistrat peut refuser de délivrer une autorisation de perquisition. En pareil cas, l'article 76 ne précise pas les formes que doit prendre sa décision. Il n'est dès lors pas nécessaire qu'une telle décision, qui n'est pas susceptible de recours, soit motivée,

[774] Ibid, §1.2.2.1.

même si rien n'interdit au magistrat d'indiquer les raisons de son refus, ce qui permettra au ministère public d'en tenir compte à l'occasion d'autres procédures[775].

Les opérations sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales[776]. Le juge des libertés et de la détention peut donc assister à la perquisition. Sa présence sera mentionnée dans le procès-verbal des enquêteurs. Ce magistrat ne sera toutefois présent que pour contrôler les opérations ; ainsi, il ne peut effectuer lui-même ou diriger la perquisition, et il n'est pas tenu de dresser un procès-verbal de sa venue. Ce juge n'est au demeurant pas accompagné d'un greffier, qui ne l'assiste qu'en cas de débat contradictoire, conformément aux dispositions de l'article 137-1 du Code de procédure pénale[777].

Les opérations autorisées ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans l'ordonnance du juge des libertés et de la détention. Cette précision ne fait toutefois que rappeler que la nullité sanctionnerait un détournement de procédure, s'il était établi que c'est en réalité une autre infraction que celle mentionnée dans la décision du juge que les enquêteurs avaient pour objectif de constater. Cependant, il est en tout état de cause expressément rappelé, comme c'était le cas dans l'article 76-1, que le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes, ce qui permet aux enquêteurs de procéder à des saisies incidentes dans le cas où ils découvriraient d'autres infractions à l'occasion de cette perquisition, à condition que les saisies incidentes concernant les infractions découvertes soient réalisées avec l'accord de la personne, sauf s'il s'agit d'un crime flagrant ou d'un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement[778]. Cette disposition ne fait qu'étendre la règle jurisprudentielle applicable aux perquisitions intervenant sur commission rogatoire[779].

Par ailleurs, deux hypothèses doivent être précisées quant aux modalités d'exécution de cette mesure. D'une part, les dispositions de l'article 76 précédemment mentionnées,

[775] Ibid, §1.2.2.2.
[776] Cette disposition n'était pas prévue par l'ancien article 76-1.
[777] Circulaire du 21 septembre 2004, *préc.*, §1.2.3.
[778] Ibid, §1.2.1.1.
[779] Crim., 17 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 186.

peuvent également recevoir application dans les cas où la perquisition doit avoir lieu dans un endroit relevant des dispositions des articles 56-1 à 56-3 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire dans le cabinet ou le domicile d'un avocat, dans les locaux d'une entreprise de presse, ou encore dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier. Dans de telles hypothèses, les règles prévues par ces articles, et notamment le fait que la perquisition doit être effectuée par le procureur de la République, le cas échéant accompagné par un représentant de la profession concernée, doivent alors être respectées. D'autre part, elles ne peuvent intervenir que pendant les heures légales. En conséquence, les perquisitions de nuit ne sont en effet possibles qu'en matière de délinquance ou de criminalité organisée, conformément aux dispositions du nouvel article 706-90 du même Code.

Ainsi, le législateur n'a pas laissé à la discrétion des enquêteurs la réalisation des perquisitions. Il a fixé les conditions à respecter pour l'exécution de ces opérations. Afin qu'elle soit valide, il est également exigé que la perquisition fasse l'objet d'un procès verbal.

3. La rédaction d'un procès-verbal des opérations

Au titre des obligations procédurales qui accompagnent une perquisition, un procès-verbal faisant état de la perquisition doit être rédigé « sur-le-champ »[780]. Cette pièce doit contenir tous les éléments relatifs à l'affaire : lieu et heure de l'opération, nom des intéressés, qualification des faits, objet de la poursuite. Le procès verbal est, en outre, daté et signé par l'officier de police judiciaire ou le juge d'instruction, la personne concernée, ou son représentant légal ou les deux témoins désignés, afin de garantir les droits de la défense et le secret professionnel. Il relate l'exécution de la perquisition dont il indique le résultat, en décrivant les objets saisis lorsque cette perquisition est positive[781].

Toutefois, la jurisprudence a nuancé cette obligation de rédaction « *in situ* ». La chambre criminelle, dans un arrêt du 7 juin 1963[782], considère que les dispositions de l'article 66 précité ne sont pas prescrites à peine de nullité. Ainsi, un procès- verbal rédigé « sans désemparer » dans un lieu autre que celui où s'est déroulée la perquisition n'est pas entaché

[780] Crim., 8 août 1985, *D.*, 1986, I.R., 303, note J. PRADEL, à raison des nécessités pratiques, le procès-verbal peut être rédigé par l'OPJ lorsqu'il revient à son service, à moins que cela ne nuise aux droits de la défense.
[781] Art. 66 C. pr. pén.
[782] Crim., 7 juin 1963, *Bull. crim.* n° 194.

d'irrégularité sauf si l'inobservation des principes énoncés à l'article 66 du Code de procédure pénale est de nature « à compromettre les droits de la défense ou à porter atteinte au respect du secret professionnel ».

De façon générale, toute méconnaissance des prescriptions de fond ou de forme d'une perquisition peut être sanctionnée par la nullité.

C. LA SANCTION DE L'INOBSERVATION DES GARANTIES DES PERQUISITIONS

La nullité est prévue expressément à propos des perquisitions ; en effet, ces actes portent atteinte à la vie privée, valeur fondamentale[783]. L'article 59 du Code de procédure pénale dispose que « les formalités mentionnées aux articles 56, 56-1, 57 et au présent article sont prescrites à peine de nullité »[784]. Les inobservations des garanties des perquisitions sont donc des causes de nullité textuelles. En revanche, dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'article 76 du Code de procédure pénale ne renvoyant qu'aux dispositions des articles 56 à 59, alinéa premier du Code de procédure pénale, les dispositions du dernier alinéa de l'article 59 ne sont pas applicables. En enquête préliminaire, l'inobservation des formalités de la perquisition obéit donc au régime des nullités substantielles. Pourtant, en pratique, la différence de traitement n'est pas si grande : que la cause de nullité soit textuelle ou substantielle, le demandeur doit justifier d'un grief. La jurisprudence a de nombreuses fois affirmé cette notion de « préjudice à grief ». À ce titre, les articles 802 et 171 du Code de procédure pénale sont formels : La violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou l'inobservation des formalités substantielles doit avoir pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

Pendant un temps, la jurisprudence a vraisemblablement analysé les garanties des perquisitions comme des garanties d'ordre public[785]. Ne prononçait-elle pas la nullité indépendamment de tout grief en cas d'absence injustifiée de la personne au domicile de

[783] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 522. Pour des applications, Crim., 30 mai 1980, *D.*, 1981.533, note W. JEANDIDIER ; 24 juin 1987, *Bull. crim.*, n° 267.
[784] Art. 59, al. 2, 76, al. 3, 706-24, al. 3et 4, 706-28, al. 2 et 3 C. pr. pén.
[785] Crim., 15 octobre 1959, *Bull. crim.* n° 435; 22 octobre 1959, *Bull. crim.*, n° 457; 17 mars 1960, *Bull. crim.*, n° 156 ; 10 octobre 1968, *J.C.P.*, 1969.II.15741 ; 3 octobre 1973, *Bull. crim.* n° 343 ; 27 septembre 1984, *Bull. crim.*, n° 275, *D.*, 1985.371, note J.M. ROBERT.

laquelle la perquisition avait lieu ? Aujourd'hui, les juges n'admettent la nullité que si l'irrégularité a porté atteinte aux intérêts de la personne concernée[786]. Ainsi de la méconnaissance, par un officier ou agent de police judiciaire, de l'exigence légale d'obtenir préalablement à une perquisition une autorisation valablement recueillie[787]. En revanche, il n'y a pas lieu d'annuler une perquisition exécutée en l'absence du requérant, placé en garde à vue, mais à laquelle ont assisté ses épouse et maîtresse, impliquées dans l'affaire.

Toutefois, les juges du fond ne peuvent rejeter l'exception de nullité prise de l'absence de la personne concernée sans constater que le prévenu a été dans l'impossibilité d'assister à la visite effectuée à son domicile et que la personne présente sur les lieux a été régulièrement désignée pour le représenter[788]. Ces principes sont énoncés par la Cour de cassation dans les circonstances où un individu en rétention douanière n'a pas assisté à la visite effectuée à son domicile. La seule présence de son épouse au cours de cette opération ne suffisait pas à en déduire l'impossibilité du prévenu à y participer, ni que la « personne présente sur les lieux ait été régulièrement désignée pour le représenter ». Il en est de même lorsque l'irrégularité a eu pour résultat la mise en examen de l'intéressé, du fait de la découverte de produits compromettants. De façon similaire, le placement d'un individu en garde à vue ne légitime pas son absence lors de l'exécution d'une perquisition s'il est simplement fait état du déroulement de l'enquête et de l'état de santé de l'intéressé sans constater, par ailleurs, que cet état justifie effectivement l'inobservation des dispositions de l'alinéa 1er de l'article 57 du Code de procédure pénale[789]. Au demeurant, la Haute juridiction a souligné qu'un prévenu ne pouvait valablement invoquer la nullité d'une opération de perquisition et de saisie dans un local à raison du fait qu'il n'y a pas assisté, alors qu'il avait déclaré aux enquêteurs n'avoir jamais occupé ce local, ni possédé un quelconque droit sur celui-ci[790].
La nullité de la perquisition n'entraîne l'annulation des actes subséquents qu'à la condition que ces derniers aient eu pour support nécessaire la mesure annulée[791].

[786] L'irrégularité doit faire grief, Crim., 17 février 1996, *Bull. crim*., n° 316 ; 17 septembre 1996, *Véraldi et a.: Juris-Data* n° 003917 ; 15 juin 2000, *Bull. crim*., n° 229 ; 14 septembre 2004, n° 04-83.754 ; 24 janvier 2007, *K. :* Juris-Data n° 2007-037382.
[787] Crim., 30 mai 1980, *Bull. crim*., n° 165 ; T. corr. Paris, 24 janvier 1985, *D*., 1985.498, note J. PRADEL, s'agissant d'une autorisation de perquisition donnée par une mention « lu et approuvé » et une signature sur un document imprimé.
[788] Crim., 5 mars 1998, *Bull. crim*., n° 89, *D*., 1998.123.
[789] Crim., 23 février 1988, *Bull. crim*., n° 91.
[790] Crim., 12 mars 1997, *Bull. crim*., n° 100.
[791] Crim., 12 avril 2005, *Bull. crim*., n° 125.

En outre, une pénétration illégale dans un domicile pourrait provoquer des poursuites à l'encontre de l'officier de police judiciaire pour violation de domicile. Au sens de l'article 432-8 du Code pénal, le fait de s'introduire ou de tenter de le faire dans le domicile d'une personne sans son assentiment hors des cas prévus par la loi est « puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

Une action en responsabilité civile pourrait également être engagée contre l'Etat, pour faute dommageable, de service ou personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, devant les juridictions judiciaires[792], seules compétentes pour en connaître dès lors que le fait dommageable naît de l'exécution d'une opération de police judiciaire[793]. À cet égard, l'article 136 du Code de procédure pénale dispose que « dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte […] à l'inviolabilité du domicile, qu'elle soit dirigée contre la collectivité ou contre les agents », les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents. Pour déterminer la juridiction compétente, le critère distinctif entre police administrative et police judiciaire avait été dégagé par le Conseil d'État, puis par le Tribunal des conflits et enfin, par la Cour de cassation.

L'objet de la perquisition étant la découverte de documents, de données informatiques ou de tous éléments utiles à la manifestation de la vérité, l'officier de police judiciaire ou le magistrat peut saisir tous objets. Il nous faut donc déterminer comment la loi a-t-elle conçu le placement de ces objets sous main de justice.

[792] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 514.
[793] T. confl., 7 juin 1951, *S.*, 1952.3.13, note R. DRAGO ; 16 janv. 1968, *D.*, 1968. 417 ; 29 oct. 1990, *D.*, 1991, IR.16 ; CE, 11 mai 1951, *S.* 1952.3.13, note R. DRAGO.

SECTION II
LES SAISIES

La saisie est destinée à l'obtention et à la conservation des indices. Cette procédure consiste en une mise sous main de justice, d'objets ou de documents utiles à la manifestation de la vérité et qui constituent des pièces à conviction[794]. Elle a pour objet essentiel d'éviter le dépérissement d'éléments de preuve que les malfaiteurs pourraient faire disparaître si elle n'intervenait pas. Selon un autre auteur, la saisie consiste à s'emparer des pièces à conviction dont l'examen apparaît nécessaire à la manifestation de la vérité, parce qu'elles ont permis ou entouré la perpétration de l'infraction. Elle peut être réalisée sur les lieux de l'infraction, lors de la perquisition effectuée au domicile de la personne suspectée ou mise en examen, voire au domicile de témoins ou encore à l'occasion d'une fouille réalisée sur un individu.

Les saisies découlant nécessairement des perquisitions, sont soumises aux mêmes formalités que celles-ci. Mais aussi, dans le but de garantir l'authenticité de ces opérations, leur mise en œuvre est strictement encadrée. Plus précisément, les saisies, par leur objet consistant à placer sous main de justice d'objets, de documents ou de données informatiques utiles à la manifestation de la vérité, impliquent un régime très protecteur. Cette protection de la personne saisie contre les risques d'abus, passe par la détermination des objets susceptibles d'être saisis (&I), mais aussi par un formalisme relatif au sort de ces objets (&II). Nature et sort des objets saisis, telles sont les deux questions qui vont donc faire l'objet des développements des deux paragraphes de cette section.

&I. LA NATURE DES OBJETS SAISIS

Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance ou dans celui de l'exécution d'une commission rogatoire, l'officier de police judiciaire peut saisir les papiers, les documents et les données informatiques ainsi que tous autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés[795]. En outre, lorsqu'il s'agit du crime flagrant, l'officier de police

[794] Crim., 21 mars 1989, *Bull. crim.*, n° 139, la saisie est en principe facultative.
[795] Art. 56, al. 1, 76, al. 3 et 97 C. pr. pén.

judiciaire a le droit de saisir les armes et instruments qui ont servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, ainsi que tout ce qui paraît avoir été le produit de ce crime[796]. En pareil cas, il représente les objets saisis, pour reconnaissance, aux personnes qui paraissent avoir participé au crime, si elles sont présentes.

Cependant, le législateur prévoit un régime spécial pour la saisie portant sur des espèces, lingots, effets ou valeurs (A), sur des billets de banque ou pièces de monnaie libellés en euros contrefaits (B), sur des données informatiques (C) ou sur des documents couverts par le secret professionnel (D).

A. SAISIE DES ESPÈCES, LINGOTS, EFFETS OU VALEURS

Depuis la loi du 23 juin 1999, lorsque la saisie porte sur des espèces, lingots, effets ou valeurs dont la conservation en nature n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité ou à la sauvegarde des droits des personnes intéressées, le procureur de la République peut autoriser leur dépôt à la Caisse des dépôts et consignations ou à la Banque de France[797].

B. SAISIE DES BILLETS DE BANQUE OU PIÈCES DE MONNAIE LIBÉLLÉS EN EUROS CONTREFAITS

Dans l'hypothèse où la saisie porte sur des billets de banque ou pièces de monnaie libellés en euros contrefaits, l'officier de police judiciaire doit transmettre, pour analyse et identification, au moins un exemplaire de chaque type de billets ou pièces suspectés faux au centre d'analyse national habilité à cette fin. Ce centre peut procéder à l'ouverture des scellés. Il en dresse inventaire dans un rapport qui doit mentionner toute ouverture ou réouverture des scellés. Lorsque les opérations sont terminées, le rapport et les scellés sont déposés entre les mains du greffier de la juridiction compétente. Ce dépôt est constaté par procès-verbal.
En revanche, ces dispositions ne sont pas applicables lorsqu'il n'existe qu'un seul exemplaire d'un type de billets ou de pièces suspectés faux, tant que celui-ci est nécessaire à la manifestation de la vérité[798].

[796] Art. 54 C. pr. pén.
[797] Art. 56, al. 8 et 97, al. 8 C. pr. pén.
[798] Art. 56, al. 9 C. pr. pén., inséré par la loi du 11 décembre 2001 et art. 97, al. 9 C. pr. pén.

C. SAISIE DES DONNÉES INFORMATIQUES

La saisie des données informatiques fait l'objet de dispositions spécifiques. D'une part, il est procédé à la saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité en plaçant sous main de justice soit le support physique de ces données – tantôt l'ordinateur avec son disque dur, tantôt le disque dur seul, tantôt encore les clés USB, CD, CD-Rom, etc.-, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition[799]. Si une copie est réalisée, il peut être procédé, sur instruction du procureur de la République au cours de l'enquête ou sur ordre du juge d'instruction dans le cadre de l'information judiciaire, à l'effacement définitif, sur le support physique qui n'a pas été placé sous main de justice, des données informatiques dont la détention ou l'usage est illégal ou dangereux pour la sécurité des personnes ou des biens.

D'autre part, l'article 57-1 du Code de procédure pénale, inséré par la loi du 18 mars 2003, relatif à la saisie des supports de stockage informatique, prévoit que les officiers de police judiciaire ou, sous leur responsabilité, les agents de police judiciaire peuvent, au cours d'une perquisition, accéder, par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule l'opération, à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial. S'il est préalablement avéré que ces données sont stockées dans un autre système informatique situé en dehors du territoire national, elles sont recueillies par l'officier de police judiciaire, sous réserve des conditions d'accès prévues par les engagements internationaux en vigueur. Les données, auxquelles il aura été permis d'accéder, peuvent être copiées sur tout support. Les supports de stockage informatique peuvent être saisis et placés sous scellés selon les règles de droit commun. Ces dispositions sont également applicables par l'officier de police judiciaire pour les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire.

Par ailleurs, certaines dispositions particulières ont été adoptées tendant à imposer, sous sanction pénale, un devoir de collaboration étroite des organismes publics ou des personnes morales de droit privé avec les enquêteurs[800]. Plus précisément, les organismes publics ou les personnes morales de droit privé, à l'exception des églises et des groupements à

[799] Art. 56, al. 5 et. 97, al. 3 C. pr. pén.
[800] Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, op. cit., p. 263.

caractère politique, philosophique, religieux ou syndical, ainsi que des organismes de la presse écrite ou audiovisuelle, tenant registre informatique de leurs membres[801], sont tenus de mettre à la disposition de l'officier de police judiciaire, intervenant par voie télématique ou informatique, sans autorisation du procureur de la République dans l'enquête de flagrance[802] ou avec son autorisation dans l'enquête préliminaire[803], les informations utiles à la manifestation de la vérité, à l'exception de celles protégées par un secret prévu par la loi, contenues dans le ou les systèmes informatiques ou traitements de données nominatives qu'ils administrent. Un régime identique s'applique pour l'officier de police judiciaire commis rogatoirement par le juge d'instruction[804].

L'officier de police judiciaire, intervenant sur autorisation du juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le procureur de la République[805], ou avec l'autorisation expresse du juge d'instruction[806], peut requérir les opérateurs de télécommunications, et notamment les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée, de prendre, sans délai, toutes mesures propres à assurer la préservation, pour une durée ne pouvant excéder un an, du contenu des informations consultées par les personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs. Cette procédure permet notamment de recueillir des données sur la navigation internet.

Les organismes ou personnes requis doivent mettre à disposition les informations requises par voie télématique ou informatique dans les meilleurs délais. Le fait de refuser de répondre sans motif légitime à ces réquisitions constitue un délit puni de 3 750 euros d'amende. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, détermine les catégories d'organismes concernés ainsi que les modalités d'interrogation, de transmission et de traitement des informations requises. Pourtant, faute de ce décret, ces dispositions sont pour l'instant inapplicables.

---

[801] Ces organismes publics ou personnes morales de droit privé sont visés au deuxième alinéa du 3° du II de l'article 8 et au 2° de l'article 67 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[802] Art. 60-2, al. 1 C. pr. pén. La loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure avait créé un art. 60-1 C. pr. pén., devenu 60-2 par l'effet de la loi du 9 mars 2004,

[803] Art. 77-1-2, al. 1 C. pr. pén.

[804] Art. 99-4 C. pr. pén. : « *Pour les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire, l'officier de police judiciaire peut procéder aux réquisitions prévues par le premier alinéa de l'article 60-2* ».

[805] Art. 60-2, al. 2 et 77-1-2, al. 2 C. pr. pén.

[806] Art. 99-4, al. 2 C. pr. pén.

Le pouvoir d'accomplir des saisies relève donc de la compétence de l'officier de police judiciaire qui peut saisir tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité. Pourtant, des règles spécifiques s'appliquent aux saisies effectuées dans un endroit où se pratique le secret professionnel.

D. SAISIE DES DOCUMENTS AUPRÈS DES PROFESSIONNELS

La protection du secret professionnel exige des précautions particulières. C'est pourquoi, le législateur prévoit des règles spéciales pour les saisies effectuées chez un avocat (1), chez un médecin, notaire, avoué ou huissier (2), dans les locaux de presse (3) et dans les lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale ou abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale (4).

1. Cabinet ou domicile d'un avocat

Les perquisitions menées au domicile ou au cabinet d'un avocat sont encadrées de manière spécifique afin que « les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat ». Ces mesures ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué qui, depuis la loi du 15 juin 2000, ont seuls le droit de prendre connaissance des documents ainsi découverts préalablement à leur éventuelle saisie.

Souhaitant protéger efficacement l'exercice des droits de la défense, la loi prévoit que le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime cette saisie irrégulière. Dans cette hypothèse, le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure, afin que ce dernier statue sur la comptabilité de cette mesure avec le libre exercice de la profession d'avocat, le respect du secret professionnel et celui des droits de la défense.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue, après débat contradictoire, sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours. En effet, il résulte des articles 56 et 56-1 du Code de procédure pénale que le juge des libertés et de la détention ne peut refuser de statuer sur la contestation faisant suite à l'opposition du bâtonnier de l'ordre des avocats à la saisie de documents ou de données informatiques effectuées au cabinet ou au domicile d'un avocat. A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes. S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations ; toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure est effacée. Dans le cas contraire, le document et le procès-verbal sont versés au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie dans les conditions du droit commun des requêtes en nullité. La notion de documents doit être comprise de manière large, incluant notamment le matériel informatique[807].

La saisie chez un avocat doit pouvoir être conciliée avec le respect des droits de la défense. Ainsi, aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets[808] relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision du magistrat, à peine de nullité. Bien plus, la saisie doit être limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité[809]. En outre, ne sont pas saisissables les correspondances entre l'avocat et ses clients ou confrères, y compris les consultations et les notes d'entretien, ainsi que toutes les pièces de ses dossiers couvertes par le secret professionnel[810], qu'il soit intervenu comme conseiller ou comme défenseur. Autrement dit, ces correspondances ne peuvent constituer un mode de preuve recevable en application du principe de la confidentialité des échanges entre avocats. Pourtant, la Cour de cassation prend soin de s'assurer que le secret professionnel ne soit pas invoqué pour cacher des indices de participation personnelle à une infraction[811]. Ainsi, la

[807] Crim., 8 août 2007, pourvoi n° 07-84.252, *AJ pénal* 2007, p. 492, obs. SAAS.
[808] Depuis la loi du 4 janvier 2010.
[809] Crim., 14 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 6, *Procédures* 2003, comm. 152.
[810] Crim., 20 janvier 1993, *Bull. crim.*, n° 29 ; 7 mars 1994, *Bull. crim.*, n° 87, *J.C.P.*, 1994.II.22251, note MARTIN.
[811] Crim., 1er octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 177, *D.*, 2004.671, obs. J. PRADEL.

saisie est possible si la pièce saisie est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à l'infraction[812]. Mais, les soupçons doivent reposer sur des éléments objectifs précis, de nature à légitimer la saisine de la correspondance d'un avocat[813]. En revanche, le secret professionnel ne peut être opposé en cas de perquisition par un magistrat auprès des médecins, notaires, avoués et huissiers.

2. Cabinet d'un médecin, notaire, avoué ou huissier

La saisie n'obéit pas dans ce cas à un formalisme particulier. L'article 56 du Code de procédure pénale aux termes duquel l'officier de police judiciaire a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense trouve donc seul à s'appliquer. La liberté de l'information a elle aussi ses exigences.

3. Locaux de presse

En l'absence de dispositions expresses relatives à la saisie chez les journalistes, la Cour de cassation a jugé que l'interdiction pour le magistrat effectuant une perquisition dans une entreprise de presse, de porter atteinte au libre exercice de la profession de journaliste, de constituer un obstacle ou de retarder de manière injustifiée la diffusion de l'information, doit conduire à éviter que la saisie de documents soit effectuée sans qu'un double soit remis à l'entreprise de communication audiovisuelle. Ce double doit être établi avec diligence afin d'éviter tout retard injustifié dans la diffusion de l'information.

La loi du 4 janvier 2010 est venue consacrer le droit pour le journaliste à la protection du secret de ses sources. Désormais, le journaliste bénéficie de garanties nouvelles pour les perquisitions dont il peut faire l'objet. Ce dernier ou à défaut, la personne présente lors de la perquisition peut ainsi s'opposer à la saisie d'un document ou de tout objet si elle estime cette saisie irrégulière.

---

[812] Crim., 12 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 112, *D.*, 1993, Somm. 207, obs. J. PRADEL ; 18 juin 2003, n° 03-81-979, *AJ pénal 2003*, p. 30, en l'espèce, correspondances échangées entre un avocat et son client saisies dans un lieu autre que le cabinet d'avocat.

[813] Crim., 20 janvier 1993, op. cit. ; 5 mai 1998, *Bull. crim.*, n° 147, *D.*, 2000.154, obs. BLANCHARD ; 5 octobre 1999, *Bull. crim.*, n° 206, *D.*, 2000.155, obs. BLANCHARD.

Dans ce cas, le document ou l'objet est placé sous scellé fermé et la contestation de la personne fait l'objet d'un procès-verbal. Ces pièces sont transmises sans délai au juge des libertés et de la détention qui, dans les cinq jours de leur réception, statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours. A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que la personne en présence de qui la perquisition a été effectuée. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes. Si le journaliste au domicile duquel la perquisition a été réalisée n'était pas présent lorsque celle-ci a été effectuée, il peut se présenter devant le juge des libertés et de la détention pour être entendu par ce magistrat et assister, si elle a lieu, à l'ouverture du scellé.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure. Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction. Néanmoins, aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision du magistrat et ce, à peine de nullité.

Si des textes spécifiques ont été crées pour déterminer les conditions de saisie dans les cabinets d'avocats, de médecins, notaires, avoués ou huissiers et pour les entreprises de presse, aucun texte législatif ne précisait, jusqu’à une date récente, le pouvoir du juge dans les locaux secret-défense.

4. Locaux secret-défense

Les principes relatifs à la séparation des pouvoirs, à l’indépendance de l’autorité judiciaire et aux droits de la défense font traditionnellement obstacle à la possibilité pour les magistrats d’être habilités au secret de la défense nationale. Dès lors, toute consultation par un magistrat d’un document classifié, même fortuite, constitue une compromission du secret de la défense nationale au sens du Code pénal. L’accès de l’autorité judiciaire à des éléments couverts par le secret passe en conséquence nécessairement par une procédure de déclassification, prévue par la loi du 8 juillet 1998 et faisant intervenir une autorité

administrative indépendante, la Commission consultative du secret de la défense nationale[814]. En dehors de cette procédure particulière de déclassification, le droit français ne prévoit aucun régime spécifique s'agissant des perquisitions menées par les autorités judiciaires dans des lieux susceptibles d'abriter des secrets de la défense nationale. En effet, l'article 94 du Code de procédure pénale, qui dispose que les perquisitions peuvent être menées dans tous les lieux utiles à la manifestation de la vérité, ne se voit en effet limiter que par l'article 698-3 du même Code qui prévoit que les perquisitions dans des enceintes militaires doivent faire l'objet d'une réquisition préalable à l'autorité militaire, cette dernière devant obligatoirement y déférer[815]. Le droit positif aboutit donc à une situation paradoxale : les magistrats peuvent perquisitionner en tout lieu, mais s'exposent à des poursuites pénales s'ils acquièrent connaissance, fut-ce fortuitement, d'informations couvertes par le secret-défense à l'occasion de ces perquisitions[816].

Il a donc fallu attendre la loi du 29 juillet 2009 qui a inséré au Code de procédure pénale un nouvel article 56-4 encadrant l'accès des juges à ces locaux. Ainsi, lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale, ou dans un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale, le magistrat ne peut saisir, parmi les éléments classifiés, que ceux relatifs aux infractions sur lesquelles portent les investigations. Seul le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, son représentant et, s'il y a lieu, les personnes qui l'assistent peuvent prendre connaissance d'éléments classifiés découverts sur les lieux. Si les nécessités de l'enquête justifient que les éléments classifiés soient saisis en original, des copies sont laissées à leur détenteur. Chaque élément classifié saisi est, après inventaire par le président de la commission consultative, placé sous scellé. Les scellés sont remis au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale qui en devient gardien. Les opérations relatives aux éléments classifiés saisis ainsi que l'inventaire de ces éléments font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint au dossier de la procédure et qui est conservé par

[814] V. Nicolas BRACONNAY, Secret-défense : une réforme dangereuse, art. préc. : « Lorsqu'un membre de l'autorité judiciaire souhaite avoir connaissance d'une information classifiée, il adresse une demande motivée à l'autorité administrative compétente. Cette dernière doit alors saisir sans délai la Commission consultative du secret de la défense nationale, qui rend au ministre concerné un avis simple. Cet avis « prend en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels (article L2312-7 du Code de la défense) ».
[815] Ibid.
[816] Ibid.

le président de la commission consultative. La déclassification et la communication des éléments mentionnés dans l'inventaire relèvent de la procédure prévue par les articles L. 2312-4 et suivants du code de la défense.

Ayant ainsi déterminé la nature des objets susceptibles d'être saisis, il importe maintenant de préciser les sort de ces objets.

&II. LE SORT DES OBJETS SAISIS

Toute saisie et ce, quel que soit la nature des objets saisis, va déboucher sur une mise sous scellés qui sera effectuée selon des modalités différentes (A). De plus, les objets saisis et placés sous main de justice ne vont pas y rester indéfiniment, ce qui pose la question du devenir de ces saisies (B).

A. MISE SOUS SCÉLLÉS DES OBJETS SAISIS

Tous les objets et documents saisis sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Le placement sous scellés consiste à apposer le sceau de l'autorité saisissante sur une étiquette ou une bande d'étoffe fixée soit, sur un sac ou une enveloppe contenant les objets ou documents saisis, soit sur ces documents ou objets eux-mêmes. L'étiquette fixée au scellé doit mentionner le numéro et la nature du scellé, le lieu de découverte de l'objet, les références de l'affaire, les nom et qualité de l'officier de police judiciaire et les signatures de l'enquêteur et de la personne chez qui la saisie a lieu.

Avant de procéder à la saisie, il sera dressé un inventaire des objets allant être saisis et mis sous scellés par les enquêteurs. Cet inventaire, seul moyen de vérifier la conformité entre les pièces saisies et les pièces à conviction produites devant la juridiction de jugement, sera consigné dans un procès verbal, et pourra le cas échéant entraîner la nullité de la procédure s'il fait défaut et, que son absence porte atteinte aux droits de la défense[817].

Cependant, si leur inventaire sur place présente des difficultés, parce qu'un grand nombre ou une grande quantité d'objets sont saisis par exemple, ils font l'objet de scellés

[817] Fabrice TROLLIET, « *Droit de la drogue* », http://membres.multimania.fr/traficdedrogue/sommaire.html

fermés provisoires jusqu'au moment de leur inventaire et de leur mise sous scellés définitifs[818] et ce, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition suivant les modalités prévues à l'article 57[819]. Lorsque l'inventaire est différé, l'officier de police judiciaire fait constater aux personnes présentes l'intégrité des scellés provisoires. Il ouvre ces scellés et en retire les objets et documents. Ensuite, il procède à la mise sous scellés définitifs de ces objets et documents.

Il est toutefois à noter que l'officier de police judiciaire, avec l'accord du procureur de la République[820] ou du juge d'instruction[821], ne maintient que la saisie des objets, documents et données informatiques utiles à la manifestation de la vérité. Seuls sont donc maintenus sous scellés et saisis les objets, documents et données informatiques intéressant l'enquête. Mais, quelle doit être la forme du scellé ? S'agit-il d'un scellé ouvert ou scellé fermé ? En effet, le Code de procédure pénale ne prescrit que rarement la forme que doit prendre le scellé. C'est ainsi que les enquêteurs sont en principe libres de déterminer à chaque fois si un scellé ouvert est plus opportun qu'un scellé fermé ou inversement. Pourtant, le législateur a prescrit l'obligation de placement sous scellé fermé de la cassette de l'enregistrement d'un mineur victime[822] ou des personnes entendues en garde à vue ou lors d'un interrogatoire par le juge d'instruction[823]. Il en est de même du scellé ayant fait l'objet d'une constatation par le bâtonnier ou son représentant lors d'une perquisition au domicile ou au cabinet d'un avocat. Aussi, les cassettes ou disques des écoutes téléphoniques doivent-elles obligatoirement être placées sous scellés fermés.

En particulier, dans le cadre de l'instruction préparatoire, lorsque les scellés sont fermés, ils ne peuvent être ouverts et les documents dépouillés qu'en présence de la personne, assistée de son avocat, ou eux dûment appelés. Le tiers chez lequel la saisie a été faite est également invité à assister à cette opération. En outre, si les nécessités de l'instruction ne s'y opposent pas, copie ou photocopie des documents ou des données informatiques placés sous

[818] Crim., 22 août 1989, *Bull. crim.*, n° 307, les scellés définitifs peuvent être précédés de scellés provisoires, en raison de leur quantité.
[819] Art. 56, al. 4 et 97, al. 2 C. pr. pén.; Crim., 20 novembre 1984, *J.C.P.*, 1985.IV.41.
[820] Art. 56, al. 7 C. pr. pén.
[821] Art. 97, al. 5 C. pr. pén.
[822] Art. 706-52 C. pr. pén.
[823] Art. 64-1 et 116-1 C. pr. pén.

main de justice peuvent être délivrées à leurs frais, dans le plus bref délai, aux intéressés qui en font la demande[824].

Par ailleurs, il arrive que certains avocats sollicitent des photocopies de scellés. Dès lors qu'il s'agit de documents écrits, cette demande peut être acceptée, bien qu'elle ne soit nullement prévue par un texte. En revanche, il ne semble pas possible d'accepter des demandes concernant tout autre scellé. Ainsi, des cassettes audio ou vidéo n'ont pas à être copiées pour être remises aux conseils[825].

Afin de protéger la personne ayant fait l'objet d'une saisie, le législateur sanctionne toute communication ou divulgation, sans l'autorisation de la personne mise en examen ou de ses ayants droit ou du signataire ou du destinataire d'un document provenant d'une perquisition, à une personne non qualifiée par la loi, pour en prendre connaissance, d'une amende de 4500 euros et d'un emprisonnement de deux ans. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables si les nécessités de l'enquête ou de l'information judiciaire l'exigent[826].

En outre, la Cour de cassation considère que les formalités prévues par les dispositions du Code de procédure pénale en matière de saisie ne sont pas exclues du champ d'application de l'article 802 du même Code, selon lequel « en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité […], toute juridiction, y compris la Cour de cassation, […] ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porte atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». Dès lors, la mise sous scellés vingt-quatre heures après une saisie ne dispense pas l'intéressé de démontrer l'existence d'un grief[827]. De façon identique, la Cour de cassation a estimé valide un placement sous scellés intervenu trois heures après la perquisition -le temps du dessaisissement d'un service de sûreté urbaine au profit du service régional de police judiciaire-, comme ayant été accompli dans le respect des dispositions de l'article 97 du Code de procédure pénale[828].

[824] Art. 97, al. 6 et 7 C. pr. pén.
[825] Pierre CHAMBON et Christian GUERY, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, juge d'instruction, chambre de l'instruction*, 6e éd., Dalloz, 2007, p. 743.
[826] Art. 58 et 98 C. pr. pén.
[827] Crim., 14 septembre 2004, n° 04-83.754, *R.S.C.*, 2005, p. 389, obs. J. BUISSON.
[828] Crim., 12 février 2008, n° 07-87.753.

Mais, une fois saisis et placés sous scellés, les objets ou documents peuvent-ils être restitués ? Cette question sera examinée au cours du paragraphe suivant.

B. SUITES DE LA SAISIE

Plus ou moins rapidement, la saisie cessera. Trois procédures sont prévues par la loi : la mainlevée de saisie (1), la restitution des objets saisis (2) et la destruction ou l'aliénation d'un bien saisi (3).

1. Mainlevée de saisie

Au stade de l'enquête, la mainlevée des objets saisis et dont le maintien sous main de justice se révèle inutile peut avoir lieu sans formes, à l'initiative de l'officier de police judiciaire, mais avec l'accord du procureur de la République[829]. Dans la pratique, la mainlevée est assez fréquente.
Alors que la mainlevée se situe au cours de l'enquête, la restitution fait partie de l'instruction.

2. Restitution des objets saisis

La restitution a pour objet de faire remettre les choses en l'état où elles se trouvaient antérieurement à la saisie. Au cours de l'information judiciaire, le juge d'instruction est compétent pour décider de la restitution des objets placés sous main de justice (a). Mais, dans certains cas particuliers, il revient au procureur de la République ou au procureur général de décider de la restitution de ces objets (b).

a. Restitution par le juge d'instruction

La restitution pendant la durée de l'information était réglementée par l'article 89, dernier alinéa du Code d'instruction criminelle, modifié par les lois des 7 février 1933 et 25 mars 1935, qui dispose que : « toute personne prétendant droit sur l'objet placé sous main de la justice peut en réclamer la restitution au juge d'instruction et, sur son refus, à la chambre des mises en accusation, qui statueront sur simple requête. Elle sera entendue, si elle le

[829] Art. 56, al. 5 C. pr. pén.: « avec l'accord du procureur de la république, l'officier de police judiciaire ne maintient que la saisie des objets et documents utiles à la manifestation de la vérité ». Au cours de l'enquête préliminaire, l'article 76, al. 3 C. pr. pén. renvoie à ce texte.

demande, en ses explications ». La Cour de cassation décidait que l'expression « toute personne » comprenait le prévenu et la partie civile[830].

Aujourd'hui, la restitution au stade de l'instruction est réglée par l'article 99 du Code de procédure pénale. La demande est faite soit sur réquisitions du procureur de la République, soit sur requête de la personne mise en examen, de la partie civile ou de toute autre personne qui prétend avoir droit sur l'objet, au juge d'instruction[831]. Ce dernier apprécie souverainement, au vu des éléments fournis par le dossier, s'il y a lieu ou non de faire droit à une demande de restitution[832]. Il statue par ordonnance motivée[833] susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction. Dans cette dernière hypothèse, il convient de souligner que la loi ne fixe aucune forme à la demande de restitution. Cette demande peut donc être faite, soit par lettre, soit verbalement au cours d'une audition ou d'un interrogatoire, et consignée par procès-verbal.

Le juge d'instruction peut également, avec l'accord du procureur de la République, décider d'office de restituer ou de faire restituer à la victime de l'infraction les objets placés sous main de justice dont la propriété n'est pas contestée. Néanmoins, le juge ne peut ordonner de restitution lorsqu'il existe une contestation sérieuse sur la propriété de la chose[834].

De plus, il n'y a pas lieu à restitution lorsque celle-ci est de nature à faire obstacle à la manifestation de la vérité ou à la sauvegarde des droits des parties ou lorsqu'elle présente un danger pour les personnes ou les biens[835]. Ainsi, le juge d'instruction peut s'opposer à la restitution de documents saisis dans le cabinet d'un avocat dès lors que leur maintien sous main de justice en vue de déterminer l'existence d'infractions pénales est nécessaire à la

[830] Crim., 16 décembre 1954, *Bull. crim.*, n° 408, *J.C.P.*, 1955.II.8509, note P. CHAMBON, *D.*, 1955.89, note GOLLETY, *Gaz. Pal.*, 1955.1.56.
[831] Sur le droit des tiers, Crim., 2 juillet 1992, *Bull. crim.*, n° 266.
[832] Crim., 20 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 210; 11 décembre 1973, *Bull. crim.*, n° 459; 23 mars 1977, *Bull. crim.*, n° 109; 8 février 1996, *Bull. crim.*, n° 72.
[833] Crim., 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 55.
[834] Crim., 27 septembre 2005, *Bull. crim.*, n° 239, *Procédures* 2005, comm. 288, obs. J. BUISSON, *R.S.C.*, 2006.104, note A. GUIDICELLI.
[835] Crim., 22 mai 1997, *Gaz. Pal.*, 1997.II.206.

manifestation de la vérité et ne porte pas atteinte aux droits de la défense[836]. La restitution peut également être refusée lorsque la confiscation de l'objet est prévue par la loi. Selon une jurisprudence constante, le refus de la restitution ne peut être justifié que par l'un des motifs prévus à l'article 99 du Code de procédure pénale[837]. Le juge d'instruction ne peut donc refuser une restitution qu'à l'appuie de l'un des critères énumérés par l'article 99 du Code de procédure pénale.

L'ordonnance du juge d'instruction est notifiée soit au requérant en cas de rejet de la demande, soit au ministère public et à toute autre partie intéressée en cas de décision de restitution. Elle peut être déférée à la chambre de l'instruction, sur simple requête déposée au greffe du tribunal, dans les dix jours suivant la notification[838]. Ce délai est suspensif. Le tiers peut, au même titre que les parties, être entendu par la chambre de l'instruction en ses observations, mais il ne peut prétendre à la mise à sa disposition de la procédure. Quoique l'article 99 ne le prévoit pas, un pourvoi en cassation est recevable[839].
Le procureur de la République et le procureur général sont également compétents pour accorder restitution des objets saisis.

b. Attributions du procureur de la République ou du procureur général en matière de restitution des objets saisis

Les attributions du procureur de la République ou du procureur général en matière de restitution des objets saisis sont visées à l'article 41-4 du Code de procédure pénale. En particulier, lorsqu'aucune juridiction n'a été saisie ou lorsque la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur la restitution des objets, le procureur de la République ou le procureur général est compétent pour décider, d'office ou sur requête, de la restitution de ces objets lorsque la propriété n'en est pas sérieusement contestée[840].

---

[836] Art. 97 et 99 C. pr. pén. ; Art. 8 Conv. EDH ; Crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 172, *D.*, 1999.458, note J. PRADEL, *D.*, 1999, Somm. 222, obs. J. PRADEL, *R.S.C.*, 1999.820, note COMMARET, *J.C.P.*, 1999.II.10177, note MARTIN, *Procédures* 1999, comm. 155, obs. A. MARON ; 5 octobre 1999, op. cit.
[837] Crim., 6 février 1996, *Bull. crim.*, n° 55.
[838] Art. 186, al. 4 C. pr. pén.; Crim., 19 février 1985, *Bull. crim.*, n° 79.
[839] Le pourvoi d'un tiers est immédiatement recevable, Crim., 16 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 239. C'est l'inverse pour les parties, Crim., 23 janvier 1973, *Bull. crim.*, n° 28. En conséquence, elles doivent présenter la requête prévue aux art. 570 et 571 C. pr. pén., Crim., 30 janvier 1992, *Bull. crim.*, n° 42.
[840] Crim., 5 février 2002, *Bull. crim.*, n° 21 et 22.

Cependant, il n'y a pas lieu à restitution lorsque celle-ci est de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ou lorsqu'une disposition particulière prévoit la destruction des objets placés sous main de justice. La décision de non restitution prise pour l'un de ces motifs ou pour tout autre motif, même d'office, par le procureur de la République ou le procureur général peut être contestée dans le mois de sa notification par requête de l'intéressé devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, qui statue en chambre du conseil.

Dans l'hypothèse où la restitution n'a pas été demandée ou décidée dans un délai de six mois à compter de la décision de classement ou de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, les objets non restitués deviennent propriété de l'Etat, sous réserve des droits des tiers[841]. Il en est de même lorsque le propriétaire ou la personne à laquelle la restitution a été accordée ne réclame pas l'objet dans un délai de deux mois à compter d'une mise en demeure adressée à son domicile. Les objets dont la restitution est de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens deviennent propriété de l'Etat, sous réserve des droits des tiers, dès que la décision de non-restitution ne peut plus être contestée, ou dès que le jugement ou l'arrêt de non-restitution est devenu définitif.

Le procureur de la République peut ordonner la destruction des biens meubles saisis dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, lorsqu'il s'agit d'objets qualifiés par la loi de dangereux ou nuisibles, ou dont la détention est illicite[842].
Pour les mêmes motifs, une remise au service des domaines aux fins d'aliénation peut être ordonnée par le juge d'instruction, en application des dispositions de l'article 99-2 du Code de procédure pénale.

3. Destruction ou aliénation des objets saisis

L'article 99-2 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 23 juin 1999, permet dans certaines hypothèses au juge d'instruction la destruction des biens ou leur remise au

[841] L'ancien art. 41-1 C. pr. pén., modifié par la loi n° 87-962 du 30 novembre 1987avait prescrit un délai de trois ans : « *Si la restitution n'a pas été demandée ou décidée dans un délai de trois ans à compter de la décision de classement ou de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, les objets non restitués deviennent propriété de l'Etat, sous réserve des droits des tiers* ».
[842] Art. 41-4, dern. al. C. pr. pén., modifié par la loi du 29 octobre 2007.

service des domaines aux fins d'aliénation. Plus précisément, lorsque, au cours de l'instruction, la restitution des biens meubles placés sous main de justice et dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité s'avère impossible, soit parce que le propriétaire ne peut être identifié, soit parce que le propriétaire ne réclame pas l'objet dans un délai de deux mois à compter d'une mise en demeure adressée à son domicile, le juge d'instruction peut ordonner, sous réserve des droits des tiers, la destruction de ces biens ou leur remise au service des domaines aux fins d'aliénation.

Le juge d'instruction peut également ordonner, sous réserve des droits des tiers, de remettre au service des domaines, en vue de leur aliénation, des biens meubles placés sous main de justice appartenant aux personnes poursuivies, dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité et dont la confiscation est prévue par la loi, lorsque le maintien de la saisie serait de nature à diminuer la valeur du bien. S'il est procédé à la vente du bien, le produit de celle-ci est consigné pendant une durée de dix ans. En cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, ou lorsque la peine de confiscation n'est pas prononcée, ce produit est restitué au propriétaire des objets s'il en fait la demande.

Dans des circonstances singulières, le juge d'instruction a la faculté d'ordonner la destruction de biens meubles placés sous main de justice « qualifiés par la loi de dangereux ou de nuisibles ou dont la détention est illicite ». Ces objets ne justifient plus d'être conservés au bénéfice de la manifestation de la vérité. On pense à la drogue[843].

Les décisions prises en application du présent article font l'objet d'une ordonnance motivée. Cette ordonnance est prise soit sur réquisitions du procureur de la République, soit d'office après avis de ce dernier. Elle est notifiée au ministère public, aux parties intéressées et, s'ils sont connus, au propriétaire ainsi qu'aux tiers ayant des droits sur le bien, qui peuvent la déférer à la chambre de l'instruction dans les conditions prévues aux cinquième et sixième alinéas de l'article 99.

En définitive, la perquisition et son accessoire la saisie demeurent les deux procédures classiques de découverte et de conservation d'indices. Mais, le développement des sciences et techniques en matière audiovisuelle a conduit à un recours accru à ce type de preuves. Ce qui,

[843] Crim., 6 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 71.

il y a encore une vingtaine d'année, était laborieux et incertain est aujourd'hui sûr et facile à mettre en œuvre. La loi en prend acte, développant l'utilisation des écoutes téléphoniques comme celle de la surveillance acoustique et visuelle des locaux[844].

[844] Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « *La recherche des preuves par dissimulation* », http://www-cdpf.u-strasbg.fr/Preuves%20par%20dissimulation.htm

CHAPITRE II
LE RECOURS A DES DISPOSITIFS « TECHNIQUES » D'OBTENTION DES PREUVES

Avec l'évolution de nos connaissances scientifiques, la tentation est forte chez les procureurs, juges et policiers d'utiliser ces connaissances pour détecter et confondre les malfaiteurs[845]. Des obstacles à usage généralisé se présentent cependant à l'esprit, dont il faut mesurer la valeur[846].

Le premier obstacle touche à la fiabilité des procédés utilisés. Le nacro-interrogatoire ou nacro-audition, qui tend à l'obtention d'aveux est d'une efficacité réduite : l'aveu ne peut être obtenu avec certitude et celui qui est obtenu n'est pas forcément vrai si l'on songe à l'existence d'un phénomène d'auto-accusation[847]. Sans doute, ce procédé porte atteinte à la dignité de la personne, à l'intégrité corporelle, et même il est incompatible avec les droits de la défense – qui impliquent un droit au silence, ainsi qu'un droit au mensonge et à la simulation[848]-. Le détecteur de mensonge ou polygraphe qui, à partir d'une analyse des signes d'émotion non maîtrisable d'un individu, est susceptible d'apporter des indications utiles pour orienter l'enquête[849]. Pourtant, le droit français n'a pas recours à cette technique – employée fréquemment aux Etats-Unis - tant pour des raisons de fiabilité que par référence à de grandes principes comme le droit au silence. En revanche, de nombreux procédés techniques sont couramment utilisés afin de permettre la constatation d'infraction. Tel est le cas, par exemple, du radar-cinémomètre en matière d'excès de vitesse et de l'éthylomètre pour les conduites en état d'ivresse.

Aussi délicat est le second obstacle, tiré du respect des droits fondamentaux ; il s'agit plus précisément de l'intimité de la vie privée et du secret des correspondances. En effet, la science est parvenue à mettre au point de nombreux dispositifs permettant d'entendre et d'enregistrer la voix, de voir sans être vu, grâce à des appareils photos fonctionnant aux

[845] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 432.
[846] Ibid.
[847] Ibid.
[848] En ce sens, Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 712 et s.
[849] Un détecteur de mensonge ou polygraphe est un ensemble d'appareils qui mesurent les réactions psychophysiologiques d'un individu pendant qu'on l'interroge, afin de déterminer s'il dit la vérité ou s'il ment.

rayons infrarouges[850]. Ces procédés permettent d'accéder à des coulisses cachées et de mettre à jour la réalité de liens ou de réseaux, de recueillir des éléments d'information sur une infraction commise, en train de se commettre ou en préparation[851]. Deux mesures sont plus spécialement réglementées par la loi. Il s'agit, d'une part, des interceptions de correspondances émises par la voie de télécommunication et, d'autre part, de la sonorisation et de la fixation d'images.

La première mesure consiste en l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Une réglementation très pointue a été posée pour que ces dispositions ne heurtent pas les droits de l'homme (Section I). La seconde, qui constitue une innovation majeure et opportune de la loi du 9 mars 2004, consiste à introduire dans un lieu ou un véhicule des moyens techniques permettant de fixer et d'enregistrer des conversations et des images (Section II).

Il convient, dès lors, d'envisager successivement dans les deux sections suivantes chacune de ces deux questions.

[850] Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 724.
[851] Frédéric DESPORTES et Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1366.

SECTION I
LES INTERCEPTIONS DES CORRESPONDANCES ÉMISES PAR VOIE DE TÉLÉCOMMUNICATIONS

La Cour européenne reconnaît le droit au secret de la correspondance. Il s'agit d'une liberté classique concernant avant tout la communication épistolaire, dont la protection est un aspect irremplaçable du respect de la vie privée. Les affaires les plus intéressantes concernent les interceptions téléphoniques. Celles-ci constituent des ingérences de l'autorité publique dans l'exercice du droit des intéressés au respect de leur correspondance et de leur vie privée. La Cour recherche ainsi si pareilles ingérences se justifient au regard du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, elle a admis la légitimité des interceptions téléphoniques de la part des autorités publiques, en tant qu'instrument de défense des Etats démocratiques contre les menaces du terrorisme et de la délinquance. Elle a toutefois prévu une série de garanties, nécessaires pour éviter que le pouvoir discrétionnaire offert à l'Etat gardien de la démocratie ne devienne un instrument de menace et de destruction des institutions démocratiques. Les limites et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation de l'exécutif en matière d'interception devront donc, pour que le principe de la prééminence du droit ne soit pas violé, être précisées par une loi qui puisse être connue par les citoyens, et cela avec une netteté suffisante ; l'objectif étant de fournir aux individus une protection adéquate contre l'arbitraire, de sorte qu'ils puissent prévoir les conséquences de leurs comportements et savoir dans quelles circonstances et à quelles conditions les pouvoirs publics sont autorisés à réaliser de telles interceptions.

En France, jusqu'à la loi du 10 juillet 1991, les textes, tant en matière civile que pénale, étaient muet sur les écoutes téléphoniques. Celles-ci n'étaient ni autorisées, ni prohibées. En l'absence des dispositions légales, la question de leur régularité s'est posée en jurisprudence. La chambre criminelle a avalisé -à partir de 1980 et dans de nombreux arrêts se succéderont à compter de cette date- le recours à ce procédé en se fondant sur l'article 81 du Code de procédure pénale[852], qui permettait au juge d'instruction d'accomplir tout acte d'information utile à la manifestation de la vérité. Mais, elle a subordonné leur validité aux

[852] Il s'agit également de l'article 151 du Code de procédure pénale autorisant le juge d'instruction à déléguer ses pouvoirs d'instruction notamment à la police judiciaire.

conditions qu'elles soient ordonnées par le juge d'instruction, pour une durée limitée, sur présomption d'une infraction déterminée, qu'elles aient lieu sans artifices ni stratagème, et sans qu'elles puissent avoir pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense[853]. Les écoutes étaient auparavant exclues au stade de l'enquête préliminaire ou de flagrance[854]. Par conséquent, lorsque la police a pris l'initiative des écoutes, il y a lieu de les annuler, alors qu'elles constituent, en outre, une violation de l'article 8 de la Convention européenne garantissant le respect de la vie privée.

On aurait pu croire à première vue que ce système était correct. Tel n'a pas été l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt Kruslin et Huvig c/ France du 24 avril 1990[855], la Cour a condamné la France au motif que les écoutes téléphoniques, telles qu'elles étaient pratiquées, ne répondaient pas aux exigences de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, notamment quant aux conditions de mise en œuvre et de contrôle des écoutes[856]. En effet, plus précis, pour la Cour, les écoutes téléphoniques judiciaires avaient une « base légale », mais cette loi n'est pas de qualité. Elle a ainsi jugé que le droit français n'indiquait pas « avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités » et qu'il n'offrait pas « pour le moment de sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter, notamment quant aux catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, quant à la nature des infractions pouvant y donner lieu, quant aux limites à la durée d'exécution de la mesure, quant aux conditions d'établissement des procès verbaux de synthèse conservant les conversations interceptées, quant à l'intégrité des communications aux fins de contrôle, quant aux circonstances dans lesquelles doit-on s'opérer l'effacement ou à la destruction des bandes ou des enregistrements, notamment après non-lieu ou relaxe ». Si, dans cet arrêt, la Cour européenne ne condamnait pas en soi la pratique des écoutes téléphoniques en ce qu'elles facilitent la manifestation de la vérité, elle rappelait que cette pratique est constitutive d'une atteinte à la vie privée et insistait

[853] La défense avait la possibilité d'entendre les enregistrements et de les discuter, Crim., 18 février 1958, *Bull. crim*., n° 163; 16 mars 1961, *J.C.P.*, 1961.II.12157, note LARGUIER; 9 octobre 1980, *D.*, 1981.333, note J. PRADEL, *J.C.P.*, 1981.II.18578, note DI MARINO, *R.S.C.*, 1981.879, obs. G. LEVASSEUR; 23 avril 1981, *Bull. crim*., n° 117; 24 avril 1984, *D.*, 1986.125, note COSSON; 23 juillet 1985, *Bull. crim*., n° 275, *D.*, 1986, I.R., 120, obs. J. PRADEL ;4 novembre 1987, *D.*, 1988, Somm. 195, obs. J. PRADEL ; 15 mars 1988, *Bull. crim*., n° 128; 13 juin 1989, op. cit. ; 19 juin 1989, *Bull. crim*., n° 261.

[854] Ass. plén., 24 novembre 1989, *Bull. crim.*, n° 440, *D.*, 1990.34, note J. PRADEL.

[855] CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/France*, Série A, n° 176-A et 176-B, *D.*, 1990.353, note J. PRADEL, *R.S.C.*, 1990.615 obs. L.-E. PETTITI.

[856] Art. 8, § 2 Conv. E.D.H. : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que si cette ingérence est prévue par la loi et que si elle constitue une mesure nécessaire à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions* ».

sur sa nécessaire conciliation avec le droit au respect à la vie privée. Partant, l'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner.

En réponse à cette condamnation, une circulaire ministérielle du 27 avril 1990 invitait les juges d'instruction à se conformer aux règles imposées par la Cour de Strasbourg. Dans la même logique, la Chambre criminelle a renforcé sa position en exigeant que les écoutes soient ordonnées sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle, réservées aux affaires les plus graves apportant un trouble grave à l'ordre public, obtenues sans artifice ni stratagème et qu'elles soient enfin d'une durée limitée[857]. Sans doute, cet arrêt récent de la Cour de Cassation ajoute-t-il une condition supplémentaire en précisant que les écoutes et enregistrements téléphoniques ne peuvent être effectués qu'« en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public et d'en identifier les auteurs ».

Efforts jugés encore insuffisants par la Commission européenne des droits de l'homme[858], le législateur français est rapidement intervenu par la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 pour satisfaire aux exigences de la Cour européenne et concilier la pratique des écoutes téléphoniques avec le droit au respect de la vie privée. Cette loi a organisé d'une part, les écoutes administratives, dites de sécurité, qui sont étrangères à la procédure pénale[859] et

[857] Crim., 15 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 193, *J.C.P.*, 1990.II.21451, note JEANDIDIER ; 11 juillet 1990, *Dr. pénal* 1990, comm. 281 ; 17 juillet 1990, *Bull. crim.*, n° 286 ; 2 octobre 1990, *Bull. crim.*, n° 327; 6 novembre 1990, *Bull. crim.*, n° 369 ; 26 novembre 1990, *Bull. crim.*, n° 401 ; Rennes, 27 novembre 1990, *D.*, 1991.318, note J. PRADEL ; 18 mars 1991, *Dr. pénal*, 1991, comm. 333, obs. A. MARON ; 19 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 133; 26 mars 1991, *Dr. pénal*, comm. 333, note A. MARON ; 15 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 179, *J.C.P.*, 1992.II. 21795, note JEANDIDIER ; 4 septembre 1991, *J.C.P.*, 1992.II.21802, note JEANDIDIER.

[858] Comm. EDH, 24 avril 1990, *D.*, 1990.353, note J. PRADEL.

[859] Avant 1991, les écoutes administratives ou extra-judiciaires étaient pratiquées pour prévenir la commission d'infractions graves concernant la sûreté de l'Etat, le terrorisme, le grand banditisme et la criminalité organisée. Elles étaient mises en œuvre sous le contrôle d'un « Groupement interministériel de contrôle ». Cependant, depuis la loi de 1991, les interceptions de sécurité sont autorisées, à titre exceptionnel, pour la recherche de renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, la prévention du terrorisme, la reconstitution ou le maintien de groupes de combat ou de milices privées. L'autorisation de pratiquer de telles écoutes doit être accordée par une décision écrite et motivée du Premier ministre, à la demande écrite et motivée du ministre de la Défense, du ministre de l'Intérieur ou du ministre chargé des Douanes, pour une durée maximale de quatre mois renouvelable. Les résultats des interceptions sont transmis dans un délai de 48 heures à la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, une commission indépendante créée par la loi de 1991, composée d'une personnalité désignée par le président de la République, d'un député et d'un sénateur. La personne qui soupçonne faire l'objet d'une écoute téléphonique administrative doit s'adresser à cette commission. Celle-ci vérifie si une écoute en cours remplit les conditions légales. Plus précisément, cette commission examine la légalité des écoutes organisées, peut en demander l'interruption et signale au procureur de la République les éventuelles infractions à la loi. Chaque année, la commission remet un rapport au Premier ministre.

d'autre part, les interceptions judiciaires limitées au cadre de l'instruction préparatoire et réglementées aux articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale. Prévues initialement pour l'instruction, les écoutes judiciaires sont, depuis la loi du 9 mars 2004, possibles en enquête de police sous certaines conditions. Elles ont notamment avoir pour objectif soit de vérifier la pertinence d'une indication donnée aux enquêteurs avant d'ouvrir l'information, soit d'amener les preuves suffisantes qui éviteront de passer par la phase de l'instruction en permettant de saisir directement le tribunal correctionnel à l'issue de l'enquête.

Les conditions dans lesquelles une écoute téléphonique peut être ordonnée sont très strictes (&I). Aussi, dans un but de protection de la vie privée des personnes écoutées, le législateur a dû préciser la procédure d'écoute (&II).

&I. LES CONDITIONS D'INTERCEPTIONS

Pour garantir la protection de la vie privée des individus, les écoutes téléphoniques font l'objet d'une stricte réglementation. Elles sont soumises à des conditions de fond (A) et de forme (B) rigoureuses.

A. LES CONDITIONS DE FOND

Que faut-il entendre par interception des correspondances émises par la voie des télécommunications ? C'est à partir de la qualification de l' « interception » que cette notion peut être cernée (1). Attentatoire au secret des correspondances, cette opération couvre un domaine d'application limité (2).

1. Notion d'interception

Communément désignées sous le terme d'« écoutes », les interceptions téléphoniques consistent en l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications, sans artifice ni stratagème[860]. Elles désignent tout mode de transmission de son ou du texte, sous forme numérique ou analogique, par la voie hertzienne,

[860] Crim., 9 octobre 1980, op. cit.

filaire ou optique. Par conséquent, entrent dans le champ d'application de ce texte, « les interceptions de correspondances émises ou reçues sur des équipements terminaux tels que téléphone, télécopieur, minitel, récepteurs de services de radio, messagerie unilatérale, télex »[861]. Les écoutes téléphoniques peuvent concerner une ligne téléphonique, qu'elle soit privative ou non ; une cabine téléphonique publique pourrait donc être placée sur écoute. En plus, les écoutes peuvent concerner des télécommunications émises vers l'étranger, à condition que les interceptions réalisées à partir des centres situés en France, portent sur des appels émis depuis la France[862]. On peut y ajouter les correspondances privées par voie de courrier électronique visées par la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique. Pour la jurisprudence récente, constitue une « écoute téléphonique » le fait pour des policiers d'inviter une personne à téléphoner à un individu susceptible d'être impliqué dans la commission d'une infraction, d'enregistrer cette conversation téléphonique sur radiocassette et de dresser procès-verbal de cette opération[863].

En revanche, le procédé technique dit « identificateur d'appels malveillants », utilisé à la demande et avec le consentement de la victime afin d'identifier le numéro de téléphone de l'auteur des appels, n'est pas soumis au régime de l'interception des correspondances, au motif qu'il ne permet pas d'intercepter les télécommunications[864]. Ne saurait également constituer une interception de correspondance émise par la voie des télécommunications les, simples lecture et transcription par les policiers, sans artifice ni stratagème, des messages parvenus sur la bande d'un récepteur de radio-messagerie de type « Tatoo »[865] ou « Tam-Tam »[866]. Il n'y a pas non plus des écoutes lorsque les policiers font un simple compte rendu de propos entendus au cours d'une conversation téléphonique qui s'est déroulée en leur présence, sans artifice ni stratagème[867]**.** Il en est de même de la connexion à un réseau, par un terminal à la disposition du public, pour lire les annonces offertes par un service télématique[868] ou de l'enregistrement clandestin effectué par la victime[869]. De plus, l'écoute et

[861] Circ. 26 septembre 1991.
[862] Crim., 14 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 224.
[863] Crim., 27 février 1996, *Bull. crim*., n° 93, *Procédures* 1996, comm. 121, obs. J. BUISSON.
[864] Circ. 26 septembre 1991; Crim., 2 avril 1997, *Bull. crim*., n° 131, *Procédures* 1997, comm. 217, obs. J. BUISSON ; 6 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 172.
[865] Crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 82, *D.*, 1999, Somm. 324, obs. J. PRADEL, *Dr. pénal* 1999, comm. 124, obs. A. MARON, *J.C.P.*, 2000.II.10312, note PELTIER, la lecture des messages d'un tatoo ne constitue pas une interception de correspondances émises par la voie des télécommunications.
[866] Aix-en-Provenance, 12 décembre 1996, *J.C.P.*, 1998.II.22975, note MOLINA.
[867] Crim., 2 avril 1997, op. cit.
[868] Crim., 25 octobre 2000, *Bull. crim*., n° 317, *Dr. pénal* 2001, comm. 27, obs. A. MARON.

l'enregistrement des conversations tenues par la personne mise en examen au parloir de la maison d'arrêt, qui sont soumises de droit à la surveillance du personnel pénitentiaire, ne constituent pas, au sens de l'article 8 de la Convention européenne, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance et peuvent être prescrites par le juge d'instruction, en application des articles 81, alinéa 1°, 151 et 152 du Code de procédure pénale, pourvu qu'elles aient lieu, comme en l'espèce, sous son contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense[870].

Il est à noter que les règles relatives aux écoutes téléphoniques ne s'appliquent, à peine de nullité, qu'aux personnes investies d'une mission de police judiciaire. Par conséquent, les éléments de preuve constitués par l'interception, l'enregistrement et la transcription, sans autorisation judiciaire, par une personne privée, de correspondances émises par la voie des télécommunications, restent soumis à la libre discussion au débat contradictoire et à l'appréciation libre ou souveraine des juges[871].

En somme, le critère de l'interception étant celui du branchement dans le but d'auditionner une conversation téléphonique. Il s'ensuit que toute conversation surprise sans branchement ne relève pas d'une interception, comme le prévoit l'article 100 du Code de procédure pénale ; Ce code ayant d'ailleurs déterminé les personnes et les infractions en cause.

2. Domaine d'interception

En raison de leur caractère fortement attentatoire aux libertés, les écoutes téléphoniques restent limitées à la poursuite d'infractions les plus graves (a). En outre, sauf quelques exceptions prévues par la loi, aucune restriction n'est apportée quant aux personnes dont les conversations sont susceptibles de faire l'objet d'une telle mesure (b).

---

[869] Crim., 19 janvier 1999, op. cit.
[870] Crim., 23 novembre 1999, op. cit. ; 12 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 369, *J.C.P.*, 2001.611, note PUIGELIER, *D.*, 2001.1340, note D. MAYER et J.-F. CHASTAING; 31 mars 1998, *Gaz. Pal.*, 1998.122.
[871] V. *supra*, p. 210 et suiv.

a. Cas d'interception

Le domaine de l'écoute quant aux infractions varie selon que la mesure est opérée dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire (aa) ou réalisée au cours d'une enquête préliminaire ou de flagrance (bb).

aa. Au cours d'une commission rogatoire

Les écoutes téléphoniques effectuées lors de l'exécution d'une commission rogatoire sont visées aux articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale. L'article 100 dudit Code confère au juge d'instruction le pouvoir de prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription judiciaires des conversations émises à partir d'une ligne téléphonique, lorsque les nécessités de l'information l'exigent[872]. Une condition de fond est toutefois posée : l'écoute n'est possible qu'en matière criminelle ou correctionnelle et si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement. Ainsi, en ce domaine, le magistrat instructeur dispose d'un large pouvoir d'appréciation comme en témoignent les dispositions de l'article 100 précité selon lesquelles le juge peut user de cette prérogative « lorsque les nécessités de l'information l'exigent ». On peut alors en déduire que ce n'est que lorsque les techniques classiques s'avèrent inefficaces qu'il est permis d'y recourir. En revanche, les interceptions durant les enquêtes de police ne concernent que la délinquance organisée.

bb. Au cours des enquêtes de police

La situation qui réserve l'emploi des écoutes judiciaires à l'information n'est pas satisfaisante puisqu'elle interdit d'y recourir dans le cadre de l'enquête de flagrance ou préliminaire alors qu'elles seraient d'un grand secours. En effet, il n'est pas rare dans le cadre de certaines affaires, par exemple un vol commis en bande organisée, que les forces de l'ordre agissant dans le cadre de l'enquête de flagrance ou préliminaire, connaissent l'identité de certains auteurs sans être à même de déterminer avec précision celle de leurs complices ni de

[872] Art. 100 C. pr. pén. : « *En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications* ».

les localiser géographiquement. Dans cette hypothèse, il est indéniable que le recours à des écoutes faciliterait substantiellement l'interpellation de ces personnes alors même que le droit en vigueur conduit paradoxalement à offrir aux délinquants bien organisés le temps nécessaire, celui que prend l'ouverture d'une information, pour dissimuler les preuves de leurs méfaits[873]. C'est pourquoi, le champ des écoutes téléphoniques a été étendu depuis le 1er octobre 2004 aux enquêtes de police pour recueillir des indices relatifs à une ou plusieurs des infractions entrant dans le champ d'application de la criminalité à caractère organisé. Cette nouvelle prérogative est visée à l'article 706-95 du Code de procédure pénale qui autorise le juge des libertés et de la détention, si les nécessités de l'enquête préliminaire ou de flagrance relative à l'une des infractions de criminalité organisée entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du Code de procédure pénale l'exigent, d'ordonner, sur requête du procureur de la République, l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues aux articles 100 et suivants du même Code.

Un tel dispositif est particulièrement bienvenu. Dans certains cas, il peut apparaître nécessaire de procéder à des interceptions de correspondances sans qu'il soit cependant avéré que les faits sur lesquels porte l'enquête justifient l'ouverture d'une information. Ce dispositif, dont le champ d'application serait limité aux infractions les plus graves parmi celles qui constituent la criminalité et la délinquance organisée, pourrait donc permettre de vérifier la pertinence de l'ouverture d'une information judiciaire et d'éviter ainsi la mise en œuvre d'une procédure lourde.

Si la décision d'écoute ne peut concerner que certaines infractions, d'une gravité suffisante, toute personne peut, en revanche, faire l'objet d'une telle mesure, sous réserve de quelques restrictions.

[873] En ce sens, M. Jean-Luc WARSMANN, *Rapport n° 2378 d'information de la commission des lois sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, préc.

b. Personnes susceptibles d'être mises sur écoute

Si les écoutes téléphoniques doivent être exigées pour les nécessités de l'enquête ou de l'instruction, le texte n'impose pas cependant de qualifier, à l'égard de la personne concernée, des indices de participation à l'infraction. Elles peuvent donc intervenir à l'égard de toute personne comme la victime, le suspect, le mis en examen, le témoin assisté, la partie civile ainsi que les tiers, c'est-à-dire toutes personnes étrangères à l'infraction, contre lesquelles n'existe aucun indice, susceptibles de renseigner le magistrat compétent sur la localisation des suspects, sur leurs activités, etc., par les communications qu'ils entretiennent avec ces derniers[874].

Toutefois, cette disposition connaît une exception visée à l'article 100-7 du Code de procédure pénale. Aux termes dudit article, aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile qu'après information du bâtonnier par le magistrat instructeur. En principe, les écoutes ne peuvent porter sur des conversations entre la personne mise en examen et son avocat. En effet, non seulement ces conversations sont protégées par le secret professionnel, mais de surcroît, il y aurait là un stratagème conduisant à l'obtention déloyale d'une preuve et réduisant à néant la confiance que peut porter le mis en examen à son avocat[875]. Pourtant, la Cour de cassation fait une application nuancée de cette règle, en jugeant que la conversation entre un avocat et son client peut être transcrite et versée au dossier d'une procédure, s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction[876]. La loi du 12 décembre 2005 est venue préciser que les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ne peuvent être transcrites, à peine de nullité[877]. Par analogie, la jurisprudence admet que la règle protectrice s'étend même aux conversations entre avocat et un proche de son client mis en

[874] Circ. 21 septembre 1991, art. 4.
[875] Etienne VERGES, *Procédure pénale*, op. cit., p. 210.
[876] Crim., 15 janvier 1997, *Bull. crim.*, n° 14, *Dr pénal* 1997, comm. 55, note A. MARON, *Procédures* 1997, comm. 126, note J. BUISSON ; 13 décembre 2006, *Bull. crim.*, n° 313, *AJ pénal* 2007, comm. 140, obs. GIRAULT ; 26 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 76 ; 17 septembre 2008, *Bull. crim.*, n° 191, *AJ pénal* 2008, comm. 467, obs. LAVRIC, *Procédures* 2009, comm. 24, obs. J. BUISSON, la retranscription d'une conversation téléphonique entre un avocat et son client doit être annulée si son contenu n'apparaît pas de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction.
[877] Art. 100-5, al. 3 C. pr. pén.

examen[878]. Il a ainsi été jugé que n'était pas illicite l'écoute d'une ligne d'une personne, proche d'un mis en examen, quand bien même elle avait été en conversation de la sorte avec son avocat, mais il ne faudrait pas que l'avocat soit le conseil du mis en examen[879].

La loi du 8 février 1995 a, en outre, indiqué que la ligne d'un député ou d'un sénateur ne peut être interceptée sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction[880]. Des protections particulières sont également prises pour l'interception d'une correspondance émise depuis la ligne du cabinet ou du domicile d'un magistrat. Le juge doit en informer le premier président de la Cour d'appel ou le procureur général près la Cour d'appel dans le ressort de laquelle le magistrat exerce ou réside[881]. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité.

De toute façon, pour prévenir les abus, la loi impose le respect de certaines formes qui ont pour objet de protéger les citoyens.

B. LES CONDITIONS DE FORME

Parce qu'elle représente une menace pour la vie privée**,** l'écoute téléphonique est mise en place dans le cadre d'une procédure pénale très stricte ; elle n'est ordonnée que par un magistrat, « garant des libertés individuelles **»** (1) et pour une durée légalement déterminée (2).

1. Décision d'interception

La procédure d'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications est autorisée par le juge d'instruction quand une information est ouverte

[878] Crim., 18 janvier 2006, *Bull. crim.*, n° 22, *D.*, 2006.392, obs. GIRAULT , *AJ pénal* 2006, comm. 126, note GIRAULT , *Gaz. Pal.*, 2006.7, note Y. MONNET, *Procédures* 2006, comm. 85, note J. BUISSON, *R.S.C.*, 2006.413, note J. BUISSON.
[879] Crim., 10 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 180; 30 septembre 1998, *Bull. crim.*, n° 243, *J.C.P.*, 1999.I.126, chron. R. MARTIN, *Procédures* 1999, comm. 42, l'écoute des conversations entre un avocat et un proche du mis en examen peut être irrégulière.
[880] Crim., 16 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 97, cette protection ne vaut que pour les parlementaires nationaux, députés et sénateurs, et non pour les députés au Parlement européen.
[881] Ces dispositions prévues par l'article 100-7 du Code de procédure pénale ont été introduites par la loi du 9 mars 2004.

(a) et par le juge des libertés et de la détention lorsqu'une enquête est menée par le parquet pour des faits de criminalité organisée (b).

a. Autorisation du juge d'instruction

Selon l'article 100 du Code de procédure pénale, il appartient au juge d'instruction valablement saisi le pouvoir d'autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription judiciaires des conversations émises à partir d'une ligne téléphonique. Cette décision doit être nécessaire à la manifestation de la vérité, et comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception, ainsi que la durée de celle-ci[882]. La décision prise par le juge d'instruction est, en outre, écrite ; elle n'a pas de caractère juridictionnel, n'est pas susceptible d'aucun recours et n'a pas à être motivée[883]. Elle prend, en pratique, la forme d'une commission rogatoire délivrée aux officiers de police judiciaire.

Il s'ensuit qu'un officier de police judiciaire ne peut procéder d'office à des écoutes téléphoniques. La nullité, qui résulte des machinations et stratagèmes qui ont déterminé les actes délictueux, doit être étendue aux actes qui ont suivi[884]. De plus, l'interception ou la transcription, par les policiers opérant sans ordre d'un magistrat instructeur, de correspondances émises par la voie des télécommunications constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et de la correspondance non prévue par la loi au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[885].

Pourtant, la Cour de cassation a jugé que les actes accomplis par l'officier de police judiciaire sur un appareil récepteur de messagerie unilatérale, consistant seulement à recueillir les numéros de téléphone laissés par les personnes qui, ayant appelé le requérant, souhaitaient qu'il les rappelle téléphoniquement ; qu'ainsi n'ont été exécutés aucune interception, ni enregistrement, ni transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications au sens de l'article 100 du Code de procédure pénale ; que, dès lors, ne pouvaient trouver application les dispositions des articles 100-1 et suivants du Code de

[882] Art. 100-1 C. pr. pén.
[883] Crim., 13 octobre 1999, *Procédures* 2000, comm. 74.
[884] Crim., 27 février 1996, op. cit.
[885] Crim., 4 avril 1999, op. cit.

procédure pénale, aucune autorisation d'un juge d'instruction n'étant exigée pour l'exécution des actes querellés, dont la légalité n'apparaît pas discutable[886].

b. Ordonnance du juge des libertés et de la détention

Les écoutes téléphoniques pratiquées en matière de délinquance et de criminalité organisée sont soumises à l'autorisation du juge des libertés et de la détention et diligentées sous l'autorité du procureur de la République. Aux termes de l'article 706-95 nouveau du Code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention peut désormais autoriser, à la requête du magistrat du parquet, en cas de flagrance ou en enquête préliminaire, l'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications, plus communément appelées écoutes téléphoniques[887]. Cette nouvelle prérogative est d'utilisation délicate, comme le démontre l'abondante jurisprudence qu'a générée, au fil des années, cette technique d'investigation, réservée jusque-là aux instructions. En matière de criminalité organisée, il est probable que les officiers de police judiciaire solliciteront d'abondance le parquet pour obtenir de telles écoutes. Le parquet et le juge des libertés et de la détention devront vérifier que la mesure est proportionnée au but recherché afin d'y éviter le recours systématique.

La décision d'interception prise par le juge des libertés et de la détention doit, comme pour les interceptions de droit commun, être écrite et comporter tous les éléments permettant d'identifier la ligne téléphonique soumise à l'interception et l'infraction, objet de poursuite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est donc pas susceptible de recours.
Ainsi, l'autorité auteur de la décision de placer sous écoute est toujours un juge judiciaire qui, d'ailleurs, doit indiquer la durée précise de la mesure.

2. Durée de l'interception

Pour garantir le respect de la vie privée des individus, les écoutes téléphoniques ne peuvent être prescrites par les magistrats compétents que pour une durée déterminée. Celle-ci

[886] Crim., 14 avril 1999, op. cit.
[887] Crim., 26 mars 2008, n° 07-88.281, c'est la décision du juge de l'enquête et des libertés qui doit précéder la mesure d'interception et non sa transmission aux policiers.

varie selon que les interceptions sont autorisées par le juge d'instruction (a) ou par le juge des libertés et de la détention (b).

a. Interceptions ordonnées par le juge d'instruction

Aux termes de l'article 100-2 du Code de procédure pénale, la décision d'interception du juge d'instruction ne peut être valide que pour une durée maximale de quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ainsi, un, voire plusieurs renouvellements sont possibles, dans les mêmes conditions de fond, de forme et de durée fixées pour leur prescription initiale. La durée est toutefois plus limitée dans le cadre de l'enquête de flagrance ou préliminaire.

b. Interceptions autorisées par le juge des libertés et de la détention

L'article 706-95 du Code de procédure pénale a limité l'interception pratiqué au cours des enquêtes préliminaire et de flagrance à une durée maximale de quinze jours, renouvelable une seule fois, dans les mêmes conditions de forme et de durée.

Il importe toutefois de noter que lorsque la ligne d'une personne est placée sous écoute, elle n'est pas la seule à être ainsi entendue : tous ses interlocuteurs sont également victimes de violation de leur vie privée. De ce fait, le législateur a fixé certaines conditions pour l'exécution de cette opération.

&II. LA PROCÉDURE D'INTERCEPTION

La procédure d'écoute est prévue aux articles 100-3 à 100-6 du Code de procédure pénale, réservées principalement à l'information judiciaire. L'article 706-95 du même Code visant les écoutes judiciaires réalisées dans le cadre des enquêtes policières pour les infractions relevant de la criminalité organisée renvoie, pour l'exécution de la décision d'interception, auxdits articles. La loi impose, dans l'exécution d'une telle mesure, à respecter

les principes touchant à la preuve pénale, telles que le principe de loyauté interdisant le recours à la ruse et au stratagème et le respect du principe du contradictoire[888].

Dès lors, il convient d'examiner successivement l'installation du dispositif d'interception (A), la transcription des correspondances interceptées (B) et le contrôle exercée par l'autorité judicaire sur cette mesure (C).

A. MISE EN ŒUVRE TECHNIQUE DE L'INTERCEPTION

Le juge d'instruction et l'officier de police judiciaire commis par lui[889] ou le procureur de la République et l'officier de police judiciaire saisi par lui[890] peuvent requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des télécommunications ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur de services de télécommunications autorisé, en vue de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception.

En pratique, les réquisitions du procureur de la République ou de l'officier de police judiciaire requis par lui devront être adressées au président de l'exploitant du réseau de télécommunications ou du fournisseur de service de télécommunications autorisé. Les agents requis, astreints au respect du secret de l'enquête prévu par l'article 11 du Code de procédure pénale et au respect des correspondances prévu par l'article L. 32-3 du Code des postes et communications électroniques ne peuvent ni révéler l'existence des interceptions, ni prendre connaissance des correspondances interceptées, ni en révéler le contenu[891]. Il appartient aux seules autorités judiciaires de retranscrire les enregistrements.

[888] Crim., 15 mai 1990, op. cit.
[889] Art. 100-3 C. pr. pén.
[890] Art. 706-95 C. pr. pén.
[891] Circ. générale C. 100-3.

B. TRANSCRIPTION DES CORRESPONDANCES INTERCEPTÉES

Le procureur de la République, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire saisi transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité[892]. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier. Les correspondances en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin. A peine de nullité, ne peuvent être transcrites et versées au dossier de la procédure les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense.

D'ailleurs, selon une jurisprudence fondée sur l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et sur l'article 100-5 du Code de procédure pénale, la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction[893]. La loi du 4 janvier 2010 a inséré à l'article 100-5 du Code de procédure pénale un nouvel alinéa relatif à la protection du secret des sources des journalistes. Ainsi, à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Aussi, il est procédé régulièrement lorsque les éléments recueillis au cours d'une interception, étrangers aux faits poursuivis, sont communiqués au parquet au vu de l'ouverture d'une nouvelle information[894]. La transcription d'une interception doit pouvoir être discutée contradictoirement, sans que cette discussion implique nécessairement une confrontation[895].

De toute façon, pour assurer la garantie judiciaire exigée par le Conseil constitutionnel qui oblige le juge à un contrôle concret, l'exécution des interceptions est soumise au contrôle de l'autorité judiciaire.

[892] Art. 100-5 C. pr. pén.
[893] Crim., 8 novembre 2000, *Bull. crim.*, n° 355.
[894] Crim., 14 janvier 1992, *Bull. crim.*, n° 13.
[895] Crim., 3 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 478.

C. CONTROLE DES INTERCEPTIONS

Dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire, les opérations d'interception sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction qui les a autorisées. Au cours des enquêtes préliminaire ou de flagrance, ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention. Mais, pour l'application des dispositions des articles 100-3 à 100-5 du Code de procédure pénale relatives aux procédures d'exécution des écoutes téléphoniques, les attributions confiées au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire commis par lui sont exercées par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire requis par ce magistrat, et non par le juge des libertés et de la détention. Dans ce cas, le juge des libertés et de la détention qui a autorisé l'interception est informé sans délai par le procureur de la République des réquisitions faites aux exploitants de télécommunications, des opérations d'interception et d'enregistrement et des transcriptions qui en sont faites[896]. La méconnaissance d'une telle formalité n'est constitutive d'une nullité que si l'irrégularité constatée a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie concernée[897]. La chambre criminelle qualifie donc la méconnaissance de l'article 706-95, alinéa 3 du Code de procédure pénale, de cause de nullité substantielle d'intérêt privé, nécessitant la preuve d'un grief, signifiant donc, *a contrario*, que l'absence de contrôle du juge des libertés et de la détention sur les écoutes téléphoniques pratiquées en enquête préliminaire ne porte pas nécessairement atteinte aux intérêts de la partie concernée. Autrement dit, l'absence d'information du juge des libertés et de la détention sur les actes accomplis n'est sanctionnée que si l'existence d'un grief aux intérêts de celui qui l'invoque est établie. D'ailleurs, la Cour a estimé que la simple transmission des procès-verbaux au juge des libertés et de la détention était suffisante[898].

En outre, l'officier de police judiciaire saisi doit dresser procès-verbal de chacune des opérations d'interception, d'enregistrement et de transcription. Ce procès-verbal mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée. Les

[896] Art. 706-95, al. 3 C. pr. pén. ; Crim., 23 mars 2006, *Bull. crim.*, n° 139, *D.*, 2006.2836, note J. PRADEL, *AJ pénal* 2006, 367, obs. GIRAULT, un contrôle effectif immédiat du juge des libertés et de la détention n'est pas nécessaire.
[897] Crim., 26 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 172, *AJ pénal* 2007, comm. 487, obs. LAVRIC.
[898] Crim., 23 mai 2006, *Bull. crim.*, n° 139, *D.*, 2006.2836, note J. PRADEL, *AJ pénal* 2006, 367, obs. GIRAULT, *R.S.C.*, 2006.853, note FILNIEZ.

enregistrements sont placés sous scellés fermés[899]. La loyauté de l'enquête et le respect du principe de contradictoire commande que toute correspondance enregistrée soit conservée dans son intégralité[900]. Ce procès-verbal peut être examiné par le conseil du mis en examen aux conditions habituelles de communication et notamment à l'occasion d'un interrogatoire. Si l'intéressé conteste les propos qui lui sont attribués, il peut solliciter une expertise de la voix enregistrée, demander l'examen du scellé, ainsi que toute mesure utile qui pourra établir son innocence. Suite à ce procès-verbal, il est décidé, soit de poursuivre, soit de procéder à la destruction des enregistrements. En d'autres termes, si le magistrat est convaincu de la non-participation de l'intéressé aux faits délictueux, il est procédé à la destruction des enregistrements à la diligence du parquet. Mais, dans l'hypothèse où les éléments de preuve recueillis par l'enregistrement justifient sa participation à la commission de l'infraction, les poursuites sont continuées, et dans ce cas, les propos tenus pourront servir de preuve des faits ayant justifié la mesure, et non de délits non compris dans la saisine du juge[901]. Les formalités des interceptions téléphoniques sont prescrites à peine de nullité[902] ; la nullité n'est toutefois prononcée que si l'irrégularité a causé un grief[903].

Il est à noter que la loi du 10 juillet 1991, qui a défini précisément le cadre juridique des écoutes, n'a pas mis la France à l'abri de toute condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt Lambert du 24 août 1998[904], la Cour a considéré que la protection de la loi devait aussi s'étendre à ceux qui usent de la ligne téléphonique d'autrui. Au surplus, dans l'affaire Matheron[905], pour laquelle la France fut condamnée le 29 mars 2005, la Cour a estimé que la personne contre laquelle sont présentées des écoutes, certes diligentées dans une autre affaire mais jointes dans la sienne, peut en contester la régularité. Mais, la chambre criminelle considérait autrefois que la personne mise en examen dans une procédure A, ne disposait d'aucun moyen de contrôler la régularité du recueil des propos dans

[899] Art. 100-4 C. pr. pén.
[900] Circ. générale C. 100-4.
[901] Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., p. 633.
[902] Art. 100-7, al. 2 C. pr. pén.
[903] Crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim*., n° 238.
[904] CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France, D.*, 1999, Somm. 271, obs. J.-F. RENUCCI, *R.S.C.*, 1998.829, obs. L. PETTITI, *R.S.C.*, 1999.384, obs. R. KOERING-JOULIN.
[905] CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c/ France, D.*, 2005.1755, note J. PRADEL, *D.*, 2005.1299, note L. Di RAIMONDO, *J.C.P.*, 2005.II.10091, note E. SANDER.

le cadre d'une procédure B[906]. Aujourd'hui, la Cour de cassation a dû s'aligner sur la jurisprudence européenne. Elle autorise désormais le double contrôle de la régularité d'une écoute téléphonique lorsque celle-ci est utilisée dans deux procédures distinctes[907].

Le sort des écoutes est réglé à l'article 100-6 du Code de procédure pénale. Les enregistrements, une fois utilisés, sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique[908] ; il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction. La prescription est de trois ans en matière correctionnelle et de dix ans en matière criminelle. Le délai court à compter de la décision définitive sur les poursuites, qu'il s'agisse d'une décision de non-lieu, de relaxe ou de condamnation. Ces règles rappellent d'assez près celles qui concernent les sonorisations et fixations d'images.

[906] Crim., 6 octobre 1999, *Bull. crim.*, n° 210 ; 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 190 ; 15 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 10, la chambre de l'instruction d'apprécier la régularité de décisions prises dans une procédure autre que celle dont elle est saisie.
[907] Crim., 7 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 327.
[908] Crim., 21 février 2007, *Bull. crim.*, n° 55, la règle ne s'applique pas aux procès-verbaux de transcription des écoutes, lesquels sont des pièces de procédure.

SECTION II
LES SONORISATIONS ET FIXATIONS D'IMAGES

La pose de micros dans un domicile privé pose la question de la légalité de la mesure au fond, dans les mêmes termes que la situation des écoutes téléphoniques avant la loi du 10 juillet 1991.

Les sonorisations n'étaient autrefois réglementées par aucune disposition spécifique et la jurisprudence était relativement ambiguë sur ce point. En effet, la Cour de cassation considérait que la mise en place d'un tel dispositif était possible sur le fondement de l'article 81 du Code de procédure pénale qui dispose que le juge d'instruction procède, conformément à la loi, « à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité », y compris l'enregistrement des conversations privées, pourvu que ces mesures aient lieu sous son contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense. Elle en a admis la légalité dans trois arrêts qui illustrent la diversité des lieux susceptibles d'être ainsi « sonorisés » : la première décision concerne un véhicule[909], la deuxième un appartement[910] et la troisième le parloir d'une prison[911]. Toutefois, la Cour s'opposait à ce qu'une perquisition effectuée chez un suspect soit utilisée aux fins d'installation du dispositif technique de sonorisation, car elle considérait cette opération comme un détournement de procédure. Ce n'est pas ici le principe de la sonorisation lui-même qui est mis en cause mais, l'utilisation détournée à ces fins, d'une perquisition[912].

Pourtant, l'arrêt du 15 février 2000 relatif à la sonorisation du domicile laissa apparaître un plus grand flou. Au cours d'une perquisition effectuée au domicile d'un tiers, des policiers avaient placé des instruments permettant l'enregistrement de conversations susceptibles d'être tenues entre ce tiers et l'auteur présumé du meurtre qui avait motivé

[909] Crim., 23 novembre 1999, *Bull. crim.*, n° 269, *Dr. pénal* 2000, comm. 82, sonorisation du véhicule d'un policier qui avait feint d'accepter des offres de sommes d'argent pour fournir des renseignements.
[910] Crim., 15 février 2000, *Bull. crim.*, n° 68, sonorisation du domicile du suspect d'un meurtre, mise en place à l'occasion d'une perquisition.
[911] Crim., 12 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 369, sonorisation du parloir d'une maison d'arrêt et enregistrement des conversations tenues par les mis en examen avec leurs proches.
[912] Les dispositions relatives aux perquisitions ne permettaient pas, sans que l'opération ne soit perçue comme un détournement de procédure, d'entrer dans des locaux ou des véhicules à d'autres fins que celles prévues par la loi.

l'information judiciaire. Ces conversations, enregistrées, ont permis la mise en examen de l'auteur présumé. Son avocat demanda alors la nullité de la perquisition commise, ainsi que de l'ensemble de la procédure subséquente. Cela lui fut refusé, au motif que la personne sollicitant la nullité n'était pas celle visée par la perquisition en question, et n'avait pas qualité pour invoquer une violation des règles de procédure, portant atteinte à l'intimité de la vie privée. Or, la perquisition de ce domicile était fondée sur une « commission rogatoire technique », que le magistrat instructeur était en droit de demander. Par ailleurs, la chambre criminelle tenait à souligner l'absence de provocation de la part des policiers, sachant que les conversations tenues entre le mis en examen et le tiers n'ont été encouragées en aucune manière par les policiers, ni du reste la visite de l'un à l'autre[913].

Cette affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci, reprenant le même raisonnement que dans les arrêts Kruslin et Huvig sur les écoutes téléphoniques, voit dans les enregistrements une véritable atteinte au respect de la vie privée, et met sérieusement en doute l'existence d'une base légale pour la sonorisation[914]. En l'espèce, le requérant se plaignait de ce que la chambre criminelle avait rejeté son moyen fondé sur l'article 8 pour défaut de qualité à agir sous prétexte qu'il n'était pas le propriétaire du domicile sonorisé. Il se référait, en particulier, à l'arrêt Lambert c/ France du 24 août 1998 et dénonçait une violation de cette disposition et de l'article 6, § 1 de la Convention. Le Gouvernement exposait qu'à la différence de ce qui est prévu pour les écoutes téléphoniques, le droit français ne contient pas de dispositions procédurales spécifiques en matière de sonorisation des lieux privés. Il précisait que le juge d'instruction tient de l'article 81 du Code de procédure pénale le pouvoir de procéder à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité ou d'y faire procéder par commission rogatoire, dans les conditions et sous les réserves prévues aux articles 151 et 152 du même Code, et, surtout, il rappelait la position de la Cour de cassation, laquelle admet, sur le fondement de ces dispositions, que le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder à des enregistrements de conversations privées, sous réserve que ces actes soient réalisés sous son contrôle, dans des conditions qui ne portent pas atteinte aux droits de la défense et dans le respect du principe de la loyauté des preuves. Or, pour la Cour européenne, le requérant, qui se plaignait de la sonorisation de l'appartement d'un tiers

[913] Fabien JOBARD et Niklas SCHULZE-ICKING, « *Preuves hybrides, l'administration* de la *preuve pénale sous l'influence des techniques* et *des technologies* (*France*, *Allemagne*, *Grande-Bretagne*) », 2004, p. 129, http://www.cesdip.fr/spip.php?article163

[914] CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, requête n° 59842/00, *D.*, 2005.2575, note P. HENNION-JACQUET.

où il devait se rendre et de l'enregistrement des propos qu'il y a tenus, n'a donc pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Partant, la Cour de Strasbourg condamnait la France en estimant que dans le domaine de la pose de micros, le droit français n'indiquait pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice de la mesure et qu'il n'offrait pas au particulier de sauvegardes adéquates contre les abus. La juridiction européenne arrive à la même conclusion de constat de violation de l'article 8 dans une autre affaire concernant la sonorisation d'un parloir de prison[915]. On s'aperçoit donc qu'en matière de sonorisation, la Cour européenne laisse aux Etats le pouvoir de légiférer. Elle n'intervient qu'à posteriori pour constater qu'un Etat membre n'a pas respecté l'article 8 dans une décision de justice ou pour l'élaboration d'une loi.

Parallèlement, la loi du 9 mars 2004, anticipant de futures condamnations, a réglementé la matière aux articles 706-96 et suivants du Code de procédure pénale, dans une section intitulée « Des sonorisations et des fixations d'images de certains lieux ou véhicules »[916]. Cette loi vise essentiellement à renforcer l'efficacité des règles de procédure pénales applicables à la délinquance et à la criminalité organisée.

En conséquence, l'essentiel des mesures utilisées par les enquêteurs semblent désormais avoir un fondement légal, solide et on ne peut que s'en féliciter dans un Etat de droit. Après avoir étudié les conditions de sonorisation et de captation d'images (&I), nous en examinerons les modalités d'exécution (&II).

[915] CEDH, 20 décembre 2005, *Wisse c/ France*, requête n° 71611/01, *AJ pénal* 2006, comm. 128, note J.-P., *D.*, 2006.767, note D. ROETS.

[916] Présentant ce dispositif lors des débats à l'Assemblée nationale, M. Jean-Luc Warsmann a notamment observé que « *(...) la plupart des pays développés se sont dotés de ce type de moyens et que la France est régulièrement sollicitée par les services de pays voisins qui, par exemple, ont sonorisé des véhicules de trafiquants de drogue et se voient dans l'impossibilité de poursuivre l'enquête -ou alors de manière illégale- lorsque ces véhicules passent nos frontières* ».

&I. LES CONDITIONS DES SONORISATIONS ET FIXATIONS D'IMAGES

L'opération de sonorisation et de fixation d'images n'est possible que dans un cadre procédural bien défini concernant une liste des infractions déterminée (A), et dans des lieux précis (B). Le décideur de la mesure étant le juge d'instruction qui a dû recueillir au préalable l'avis du parquet (C).

A. CHAMP D'APPLICATION

Innovation majeure et opportune de la loi du 9 mars 2004, la sonorisation est une nouvelle procédure décrite aux articles 706-96 et suivants du Code de procédure pénale, applicable uniquement pour les infractions relevant de la criminalité organisée. Le législateur a regroupé tous les délits concernés dans l'article 706-73 du même Code, auquel l'article 706-96 renvoi. Les infractions y sont définies assez précisément et présentent un caractère suffisamment grave et complexe pour justifier, dans leur principe, des procédures exceptionnelles dans le cadre de l'enquête. La loi prévoit une liste de quinze infractions commises en bande organisée : le crime de meurtre, le crime de tortures et d'actes de barbarie, les crimes et délits de trafic de stupéfiants, les crimes et délits d'enlèvement et de séquestration, les crimes et délits aggravés de traite des êtres humains, les crimes et délits aggravés de proxénétisme, le crime de vol commis en bande organisée, les crimes aggravés d'extorsion, le crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien, les crimes en matière de fausse, les crimes et délits constituant des actes de terrorisme, les délits en matière d'armes, les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France, les délits de blanchiment ou de recel, les délits d'association de malfaiteurs ayant pour objet la préparation d'une des infractions mentionnées ci-dessus.

Sont exclus de la loi la criminalité financière et la corruption financière ; le législateur ayant considéré que, par nature, la corruption est rarement le fait de bandes organisées. Dans cette hypothèse, la question qui peut se poser est celle de savoir si la loi française prévoit d'extension éventuelle à d'autres délits que ceux énoncés ci-dessus. En effet, l'article 706-73 précité énonce que les dispositions spéciales pourront encore s'appliquer à d'autres infractions

commises en bande organisée lorsque la loi le prévoit, rendant la liste des infractions soumises à un régime procédural exceptionnel non exhaustive. Pourtant, sont irrégulières les opérations de sonorisation d'un parloir ordonnées par un juge d'instruction dans une information ouverte du chef de meurtre, cette infraction n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 706-73 du Code de procédure pénale[917].

Moyen d'investigation particulièrement intrusif, il ne peut avoir lieu que durant l'instruction. Le champ d'application visé n'étant donc que celui de la criminalité et de la délinquance organisées dans le cadre de l'information judiciaire. Il en résulte que les besoins de l'instruction devront être d'autant plus impérieux que sera élevé le degré d'intrusion dans la vie privée résultant de l'opération autorisée. Cette limitation du domaine des sonorisations et fixations d'images fut la première raison invoquée par le Conseil constitutionnel pour déclarer ce dispositif conforme à la constitution[918].

Un arrêt rendu le 21 mars 2007[919] par la Cour de cassation affirme la protection de la vie privée par le droit international face aux dispositifs d'enquêtes policières prévus dans la loi Perben II en matière de criminalité organisée. En l'espèce, des officiers de police judiciaire installés sur la voie publique prenaient des photographies au téléobjectif de la propriété à usage d'habitation d'une personne suspectée de participer à un trafic de véhicules. Les policiers ont photographié plusieurs véhicules et leur plaque d'immatriculation ainsi que des personnes qui entraient et sortaient de la propriété privée. L'une des personnes mises en examen a contesté devant la Chambre de l'instruction la régularité de l'opération de surveillance ayant abouti à son interpellation. Elle a ainsi soutenu que les photographies étaient nulles en raison de la violation de l'article 706-96 du Code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui protège la vie privée des personnes et leur domicile. La Chambre de l'instruction a considéré, d'une part, que les photographies de personnes se trouvant à l'intérieur de la propriété étaient irrégulières et, d'autre part, que les photographies des véhicules circulant ou stationnant à l'intérieur de la propriété étaient régulières. A la suite du pourvoi formé par le parquet, la Chambre criminelle

[917] Crim., 9 juillet 2008, *Bull. crim*., n° 170.
[918] Cons. const., déc. n° 2004-492 Dc du 2 mars 2004.
[919] Crim., 21 mars 2007, pourvoi n° 06-89.444, *AJ pénal* 2007, p. 286, obs. ROYER.

de la Cour de cassation a été amenée à prendre position. Tout d'abord, sur la question de la régularité en enquête préliminaire de la surveillance photographique d'une personne se trouvant à son domicile à partir de dispositifs techniques placés sur la voie publique, la Cour de cassation a décidé que « la captation, la fixation, l'enregistrement ou la transmission par les enquêteurs de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, ne sont autorisés que dans les cas et conditions prévus par l'article 706-96 du Code de procédure pénale ». Elle rappelle, qu'au regard de l'article 8 de la Convention européenne, « toute ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile doit être prévu par la loi ». Ainsi, en l'absence du contrôle d'un juge d'instruction, les policiers ne pouvaient pas photographier des personnes situées à l'intérieur d'une propriété privée, même si les photographies ont été prises à partir de la voie publique.

Ensuite, sur la question de la régularité en enquête préliminaire de photographies prises à partir de la voie publique de véhicules circulant ou stationnant à l'intérieur d'une propriété privée, la Cour de cassation a décidé que « constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile le fait, pour les enquêteurs, de photographier clandestinement, au moyen d'un téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée non visible de la voie publique, aux fins d'identification des titulaires des cartes grises et alors que cette immixtion, opérée en enquête préliminaire, n'est prévue par aucune disposition de procédure pénale ». La Cour de cassation censure cette analyse au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Certes, la lecture de l'article 706-96, alinéa 1er du Code de procédure pénale n'interdit pas aux enquêteurs de photographier des objets situés dans une propriété privée. Néanmoins, cet argument de texte s'inscrit en porte-à-faux avec le droit au respect de la vie privée et du domicile, inscrit à l'article 8, alinéa 1er de la convention européenne[920]. Au terme du second alinéa de ce texte, seule une ingérence prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique peut faire obstacle à ce droit. Il en découle que chaque atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile doit être strictement prévue par la loi.

En l'occurrence, le fait, pour les enquêteurs, de prendre des clichés de véhicules stationnés dans un lieu privé non visible de la voie publique, constitue bien une atteinte à la

[920] Ibid.

vie privée et au domicile du propriétaire des lieux. Néanmoins, si le relevé des plaques d'immatriculation avait été effectué à l'extérieur du domicile des prévenus dans le cadre d'une opération de surveillance de la voie publique, la solution de la Cour de cassation aurait été différente. Il appartenait donc aux policiers d'effectuer le relevé des numéros de véhicules à partir de clichés pris sur la voie publique et montrant les véhicules pénétrant dans la résidence, et non pas à partir de clichés représentant les véhicules à l'intérieur du domicile.

Ainsi, dans la mesure où le législateur a prévu un régime spécifique de sonorisations, et a tenu à en limiter le champ d'application, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, aux termes de laquelle la mise en place d'un tel dispositif était possible sur le fondement de l'article 81 du Code de procédure pénale est, en application de la primauté des dispositions spéciales, désormais caduque.

Aussi bien, puisque les sonorisations et captations d'images peuvent porter atteinte à l'intimité de la vie privée, dûment protégée par la Convention européenne des droits de l'homme, il importe de donner des indications sur les lieux pouvant faire l'objet de telles techniques.

B. CONDITIONS RELATIVES AUX LIEUX

Les sonorisations et fixations d'images ont pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement des paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces termes de la loi appellent deux observations[921]. D'une part, les deux points visés ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, et il est évident, la loi autorisant les deux, que le dispositif mis en place peut permettre de capter, fixer, transmettre et enregistrer à la fois l'image et les paroles des personnes observées. D'autre part, les paroles, même échangées dans un lieu public revêtant nécessairement un caractère privé ou confidentiel, il conviendra de ne les écouter qu'en recourant aux règles prévues par la loi. En revanche, la présence d'un individu dans un

[921] Circulaire NOR JUS-D-04-30177C du 2 septembre 2004 présentant les dispositions générales de la loi n° 2004-203 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1er octobre 2004.

lieu public étant par nature susceptible d'être vue par quiconque, il n'y a pas lieu de recourir à un dispositif légal particulier pour en fixer l'image.

Néanmoins, certains lieux échappent au procédé. En effet, l'article 706-96 du Code de procédure pénale précise, par combinaison avec les articles 56-1, 56-2, 56-3 et 100-7 du même Code, que la mise en place de ce dispositif technique ne peut être opérée ni au domicile, au cabinet, ou dans le véhicule d'un avocat, ni au cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué, ou d'un huissier, ni dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, ni dans le véhicule, bureau ou domicile d'un député, d'un sénateur ou d'un magistrat.

En revanche, le parloir d'une prison peut être sonorisé. Une décision récente de la chambre criminelle admet expressément la sonorisation d'un parloir dans une affaire de criminalité organisée alors qu'il y a des textes particuliers l'autorisant. Elle considère que l'écoute et l'enregistrement des conversations tenues par la personne mise en examen au parloir de la maison d'arrêt, qui sont soumises de droit à la surveillance du personnel pénitentiaire[922], ne constituent pas, au sens de l'article 8 de la Convention européenne, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, et peuvent être prescrites par le juge d'instruction, en application des articles 706-96 à 706-102 du Code de procédure pénale, pourvu qu'elles aient lieu sous son contrôle et qu'elles soient nécessaires à la recherche de la manifestation de la vérité, relativement à des infractions portant gravement atteinte à l'ordre public[923]. Ces conversations ne peuvent présenter un caractère secret que si elles sont tenues avec le défenseur du détenu. La sonorisation des parloirs dans les formes et conditions prévues par le Code de procédure pénale constitue certes une atteinte au respect de la vie privée, mais également une ingérence nécessaire à la manifestation de la vérité.

---

[922] Art. D. 406 C. pr. pén. : « *En toute hypothèse, un surveillant est présent au parloir ou au lieu de l'entretien. Il doit avoir la possibilité d'entendre les conversations* ».

[923] Crim., 1er mars 2006, *Bull. crim.*, n° 59, *D.*, 2006.22, obs. J. PRADEL : « *Justifie sa décision, au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre de l'instruction qui, après avoir contrôlé que l'interception des conversations échangées au parloir de la maison d'arrêt entre une personne mise en examen et ses visiteurs a répondu aux conditions et formes prévues par les articles 706-96 à 706-102 du Code de procédure pénale, relève que les opérations, ordonnées par un juge d'instruction, pour une durée limitée, ont été placées en permanence sous son autorité et son contrôle et qu'elles étaient nécessaires à la recherche de la manifestation de la vérité, relativement à des infractions portant gravement atteinte à l'ordre public, les personnes concernées ayant été, en outre, en mesure d'en contrôler efficacement l'exécution* ». Rappr., CEDH, 20 décembre 2005, *Wisse c/France*, op. cit.

Il convient de noter que d'autres ingérences sont prévues par la loi. Ainsi, l'article 727-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 5 mars 2007, dispose que les communications téléphoniques que les détenus ont été autorisés à passer peuvent, à l'exception de celles avec leur avocat, être écoutées, enregistrées ou interrompues par l'administration pénitentiaire sous le contrôle du procureur de la République dans le but de prévenir des évasions et assurer la sécurité et le bon ordre des établissements pénitentiaires.

De toute façon, les sonorisations et fixations d'images doivent être autorisées par un juge, gardien des violations pouvant être portées aux droits fondamentaux.

C. DÉCIDEUR DES SONORISATIONS ET FIXATIONS D'IMAGES

La décision de recourir à un dispositif de sonorisation ou de fixation d'images incombe au juge d'instruction après avis du procureur de la République, qui ne peut toutefois interdire cette mesure[924]. Cette décision a la forme d'une ordonnance écrite. Plus complète que la décision ordonnant la mise en place d'interception des correspondances téléphoniques, cette ordonnance doit être motivée. Le législateur ne précise pas quels sont les éléments qui peuvent fonder cette décision, mais, au vu du caractère particulièrement attentatoire aux libertés individuelles de cette mesure, l'ordonnance devra notamment faire référence aux preuves que l'utilisation de cette technique devrait permettre d'obtenir, comme le fait de filmer un lieu d'entrepôt de marchandises, ou de sonoriser un lieu de rendez vous entre malfaiteurs[925]. Les réquisitions du ministère public reposeront sur des éléments similaires.

A l'ordonnance motivée d'autorisation de mise en place du dispositif de sonorisation ou de fixation d'images s'ajoute une commission rogatoire spéciale en vue de l'exécution de ladite ordonnance[926]. La commission rogatoire et l'autorisation sont deux actes distincts, et une seule commission rogatoire ordonnant la mise en place du dispositif ne saurait être

[924] Il est proposé par le comité Léger que la sonorisation soit de la compétence du juge de l'enquête et des libertés sur saisine du Parquet ; le juge de l'enquête et des libertés ffectuant un contrôle de proportionnalité.
[925] Circ. 2 septembre 2004, op. cit.
[926] Crim., 13 février 2008, *Bull. crim*., n° 40. Dans cet arrêt, la chambre criminelle a censuré l'arrêt d'une chambre de l'instruction, qui pour rejeter un moyen d'annulation, pris de l'irrégularité des opérations de sonorisation effectuées, en raison de l'absence de commission rogatoire spéciale, avait relevé que les officiers de police judiciaire avaient régulièrement accompli ces actes en exécution d'une commission rogatoire antérieure générale.

suffisante. Il reviendra donc au juge d'instruction de délivrer une commission rogatoire aux enquêteurs chargés de mettre en place le dispositif à laquelle sera jointe une copie de l'ordonnance les y autorisant. Cette exigence s'explique par l'atteinte particulièrement grave à la liberté que constitue cet acte intrusif, et s'inscrit dans l'esprit des réserves d'interprétation faites par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004[927]. Il n'est en revanche pas nécessaire que les enquêteurs se voient délivrer une copie des réquisitions de procureur de la République, lesquelles devront être conservées par le juge d'instruction avec l'original de l'ordonnance.

L'ordonnance d'autorisation et la commission rogatoire devront, l'une et l'autre, comporter tous les éléments permettant d'identifier les véhicules ou les lieux privés ou publics visés, l'infraction sur laquelle portent les investigations, ainsi que la durée des opérateurs[928]. Dans cette dernière hypothèse, la chambre criminelle a toutefois admis que la mention de la durée de la mesure figurant dans la commission rogatoire puisse suppléer l'absence de cette indication dans l'ordonnance autorisant les officiers de police judiciaire à mettre en place le dispositif[929]. L'infraction mentionnée doit faire partie de la liste de l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Mais, le fait que les opérations de sonorisation et de fixation d'images révèlent des infractions, autres que celles visées dans la décision du juge d'instruction ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes[930].

La décision est prise pour une durée maximale de quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée. Le renouvellement peut donc être ordonné autant de fois qu'il apparaît nécessaire. Aussi, le juge d'instruction peut-il décider, dans le cadre de son pouvoir de contrôle, de mettre un terme à la mesure à tout moment. La chambre criminelle a eu l'occasion de préciser que le renouvellement d'une autorisation de mise en place d'un dispositif de sonorisation ou de fixation d'images doit intervenir avant l'expiration de la mesure précédente, alors même que le dispositif de sonorisation aurait été désactivé[931].

---

[927] GUERIN Didier, « *Un an d'instruction préparatoire* », *Dr. pénal* 2009, chron. p. 19.
[928] Crim., 27 février 2008, *Bull. crim.*, n° 53.
[929] Crim., 13 novembre 2008, n° 08-85.456, *Bull. crim.*, n° 230, *Dr. pénal* 2009, comm. 43, obs. A. MARON et Haas, *Procédures* 2009, comm. 64, obs. J. BUISSON.
[930] Art. 706-96, dern. al. C. pr. pén.
[931] Crim., 13 novembre 2008, op. cit.

Ainsi, lorsqu'une sonorisation est jugée nécessaire à la manifestation de la vérité, elle doit être autorisée. Pourtant, s'agissant d'un dispositif compromettant la vie privée, un certain nombre de règles doit être respecté.

&II. LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DES SONORISATIONS ET FIXATIONS D'IMAGES

L'exécution de l'opération obéit à des règles qui sont décrites en détail aux articles 706-99 à 706-102 du Code de procédure pénale. Conscient du caractère extrêmement intrusif d'un tel dispositif, le législateur a défini précisément les conditions d'installation des appareils de captation et d'enregistrement (A), ainsi que celles relatives à la transcription et à la destruction des enregistrements effectuées (B).

A. MISE EN PLACE DU DISPOSITIF TECHNIQUE

En vue de procéder à l'installation du dispositif technique, le juge autorise l'introduction du fonctionnaire de police dans le lieu privé ou le véhicule (1). Un technicien qualifié peut, en outre, être requis à cette fin (2).

1. L'introduction dans les lieux ou véhicules

La décision de recourir à un dispositif de sonorisation ou de fixation d'images relève toujours du juge d'instruction. Mais, en ce qui concerne l'autorité judiciaire compétente pour autoriser l'installation du dispositif technique, le législateur a opéré une gradation selon l'importance de l'atteinte ainsi portée à la vie privée. En effet, l'autorisation de s'introduire dans tous lieux ou véhicules privés, y compris de nuit, sans le consentement du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute personne titulaire d'un droit sur ceux-ci, en vue de mettre en place le dispositif technique dépend de la seule compétence du juge d'instruction.

Toutefois, s'il s'agit d'un lieu d'habitation et que la pose des instruments techniques doit intervenir hors des heures légales prévues à l'article 59 du Code de procédure pénale, soit

donc après 21 heures et avant 6 heures, l'autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction. Cette disposition place le juge des libertés et de la détention au dessus du magistrat instructeur en termes de libertés individuelles. On le voit, les mesures d'investigation les plus intrusives doivent être autorisées par un juge du siège, en l'occurrence le juge des libertés et de la détention, ce qui conforte son rôle et ses missions au sein de notre procédure pénale.

L'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui ne sera relative qu'à la seule introduction dans un lieu d'habitation en dehors des heures légales, devra être communiquée aux enquêteurs avec l'ordonnance et la commission rogatoire du juge d'instruction ordonnant la mise en place du dispositif. La chambre criminelle considère que l'autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le juge d'instruction, de pénétrer dans un lieu d'habitation ne peut pas suppléer l'absence d'ordonnance motivée rendue par le juge d'instruction pour autoriser les officiers et agents de police judiciaire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet la sonorisation ou la fixation d'images. Elle a ainsi censuré l'arrêt rendu par une chambre de l'instruction qui avait déclaré régulières des opérations de sonorisation, alors qu'il résultait de ses constatations que le juge d'instruction avait omis de rendre une ordonnance motivée autorisant et fixant la durée des opérations de sonorisation[932].

Les opérations ordonnées, qui ne peuvent avoir d'autre fin que la mise en place du dispositif, sont effectuées sous le contrôle du juge d'instruction. Ce dernier peut, pour veiller aux conditions de leur mise en œuvre, se transporter ainsi qu'il peut le faire dans le cadre de toute exécution de commission rogatoire.

Ces dispositions sont également applicables aux opérations ayant pour objet la désinstallation du dispositif technique ayant été mis en place. Cela dit, s'il est nécessaire que le dispositif soit retiré de façon discrète, il conviendra que le juge d'instruction délivre une nouvelle ordonnance autorisant l'entrée dans les lieux, et le cas échéant cette autorisation devra être doublée de celle délivrée par le juge des libertés et de la détention si cette entrée doit être faite dans un domicile hors des heures légales. Ces ordonnances pourront alors être

[932] Crim., 27 février 2008, op. cit.

motivées par les impératifs de discrétion. Il n’est pas nécessaire que le parquet prenne des réquisitions sur ce point.
Un technicien qualifié peut, en outre, être requis pour l’installation du dispositif technique.

2. L’intervention de tiers

En vue de mettre en place les appareils de captation et d’enregistrement, le juge d’instruction ou l’officier de police judiciaire commis par lui peut requérir tout agent qualifié d’un service, d’une unité ou d'un organisme placé sous l’autorité ou la tutelle du Ministre de l’intérieur et dont la liste est fixée par décret.

Les officiers ou agents de police judiciaire ou les techniciens qualifiés sont autorisés à détenir à cette fin des appareils relevant des dispositions de l'article 226-3 du Code pénal. Il s’agit précisément d'appareils conçus pour intercepter, détourner, utiliser ou divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, pour réaliser de telles interceptions ou encore, pour détecter à distance des conversations.

Conscient du caractère très intrusif des sonorisations et captations d’images, le législateur a prévu d’importantes garanties concernant la transcription et la destruction des enregistrements ainsi effectués.

B. CONDITIONS DE TRANSCRIPTION ET DE DESTRUCTION DES ENREGISTREMENTS

Les dispositions relatives à la transcription des éléments utiles à la manifestation de la vérité et à la destruction des enregistrements reprennent celles en vigueur pour les écoutes téléphoniques. Elles sont décrites en détail aux articles 706-100 à 706-102 du Code de procédure pénale.

Ainsi, le juge d’instruction ou l’officier de police judiciaire commis par lui dresse un procès verbal de chacune des opérations de mise en place du dispositif technique et des

opérations de captation, de fixation et d'enregistrement sonore et audiovisuel, mentionnant la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée.

Cependant, le juge d'instruction ou l'enquêteur ne décrit ou ne transcrit dans un procès verbal, qui est versé au dossier, que les images ou les conversations qui apparaissent utiles à la manifestation de la vérité. Lorsque les conversations captées ont lieu en langue étrangère, elles sont retranscrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin ; un fonctionnaire de police polyglotte ne peut donc faire la traduction de lui-même.

Le Conseil Constitutionnel a insisté sur ce point en rappelant que « les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne peuvent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure ». Cette précision du Conseil Constitutionnel doit toutefois être lue comme proscrivant la retranscription des éléments de vie privée non utiles à la manifestation de la vérité, mais non comme une obligation de canceller ces derniers des enregistrements avant le terme de la procédure judiciaire. En effet, une telle cancellation pourrait s'avérer préjudiciable aux investigations, dans la mesure où une scène de la vie privée qui peut sembler dénuée d'intérêt pour l'enquête à un certain moment, peut apparaître au contraire décisive ultérieurement. La présence d'un individu à son domicile peut, par exemple, constituer un alibi pour des faits se déroulant ailleurs pendant le même moment, mais dont les enquêteurs n'auront connaissance que par la suite[933].

Les disques supportant ces enregistrements sont placés sous scellés fermés. Il apparaît toutefois opportun qu'à l'instar de ce qui est fréquemment pratiqué pour les écoutes téléphoniques, il soit créé une copie des enregistrements, qui ne sera pas placée sous scellés. Celle-ci, remise au juge d'instruction, lui permet de consulter directement les enregistrements, voire de les laisser consulter par les avocats des mis en cause si ceux-ci envisagent de faire des contestations afin de leur permettre d'en vérifier le bien fondé sans qu'il soit nécessaire de procéder par la voie plus lourde du bris de scellé en présence des mis en examen[934].

Enfin, comme dans le cas des interceptions téléphoniques, les enregistrements sonores ou audiovisuels sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur

[933] Circ. 2 septembre 2004, op. cit.
[934] Ibid.

général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique. Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction.

En définitive, l’enquêteur, comme le juge d’instruction, pouvait s’introduire dans un domicile en vue de découvrir tous objets et documents pouvant constituer le corps du délit ou apporter la preuve d’une culpabilité. Ils peuvent en outre mettre en œuvre de dispositifs d’écoutes et de prise de vue permettant de surprendre des propos et de capturer des images. Mais, en dépit de toutes ces prérogatives, il demeure que l’acte le plus grave pouvant être infligé par un officier de police judiciaire est la garde à vue, véritable atteinte à la liberté d’aller et venir.

TITRE II

LES ATTEINTES A LA LIBERTE D'ALLER ET VENIR : LA GARDE A VUE

La garde à vue revêt une importance capitale en matière de recherche de la preuve ; elle va permettre aux enquêteurs, grâce aux interrogatoires qui la ponctuent, de se faire une idée sur la culpabilité de la personne gardée à vue. Dans l'ancien droit, cette mesure, bien que d'un usage constant, n'avait aucune existence officielle, si ce n'est à travers l'ordonnance de 1670, qui prévoyait, mais au titre de la simple rétention, que les « accusés » devaient être « incessamment conduits dans les prisons, sans pouvoir être détenus en maison particulière si ce n'est pendant leur conduite ». Le Code d'instruction criminelle ne contenait pas davantage de dispositions générales sur la détention policière. Mais, même si cette mesure était théoriquement inexistante, elle résultait pour l'essentiel de l'usage et de quelques textes, notamment dans le décret du 20 mai 1903 qui, dans son article 304, interdit, hors cas de flagrant délit, l'arrestation d'une personne sans ordre ou mandat décerné par l'autorité compétente, et ce, sous peine de détention arbitraire. L'article 307 du même décret portant règlement sur le service dans la gendarmerie nationale, accordait un délai de vingt-quatre heures aux gendarmes pour conduire la personne arrêtée devant le procureur de la République, en prévoyant pour ce faire sa rétention dans une chambre de sûreté ou dans une salle de la mairie. La garde à vue, c'était en quelque sorte l'interdiction faite aux policiers et aux gendarmes d'interroger la personne ; elle se limitait à sa surveillance[935]. Le Code d'instruction criminelle confiait au juge d'instruction et au procureur de la République le soin d'interroger le prévenu selon le cadre juridique. Ce n'est qu'avec la rédaction du Code de procédure pénale en 1958 qu'une base légale a été donnée à la garde à vue, qui n'était jusqu'alors qu'une pratique policière très discutée. Les rédacteurs de ce Code ont jugé nécessaire de réglementer cette pratique et d'en fixer les limites, au motif « qu'il valait mieux la reconnaître que de feindre d'en ignorer l'existence ».

Cependant, l'article 63 du Code de procédure pénale ne définit pas véritablement la garde à vue. Il s'agit d'une mesure privative de liberté individuelle, essentielle à la manifestation de la vérité, en vertu de laquelle sont retenus, dans des locaux de police et pour une courte durée légalement déterminée, des suspects devant rester à la disposition des autorités de police pour les besoins de l'enquête. Selon la définition qu'en donne le Vocabulaire juridique, publié sous la direction du doyen Cornu, la garde à vue est « la mesure

[935] Hervé VLAMYNCK, « *La garde à vue du code d'instruction criminelle à nos jours* », *AJ pénal* 2008, p. 257.

de police en vertu de laquelle sont retenues dans certains locaux non pénitentiaires et pour une durée limitée variable selon le type d'infractions des personnes qui, tout en n'étant ni prévenues, ni inculpées -aujourd'hui mises en examen-, doivent rester à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie pour les nécessités de l'enquête »[936]. En ce sens, la garde à vue est avant tout une mesure de contrainte.

Un arrêt du 6 mai 2003 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[937] a admis qu'une personne soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction doit être placée en garde à vue et recevoir notification de ses droits, lorsqu'elle est mise sous la contrainte à la disposition de l'officier de police judiciaire pour les nécessités de l'enquête. Cette mesure suppose donc la contrainte, ce qui signifie qu'une personne demeurant librement dans un poste de police ne peut être soumise au régime de la garde à vue[938]. Autrement dit, dès lors qu'il y a contrainte, il y a donc garde à vue[939] ; inversement, si la contrainte n'est pas nécessaire, le placement en garde à vue ne s'impose pas[940].

Dans le rapport qu'il a remis le 1er septembre 2009, le comité de réflexion sur la justice pénale, dit « commission Léger », a estimé, qu'il serait nécessaire de clarifier les conditions de la garde à vue. Les rédacteurs estiment qu'il doit être expressément rappelé dans la loi que la garde à vue est une mesure coercitive et qu'elle ne doit intervenir que si la contrainte est absolument nécessaire. Dans le cas contraire, la personne, même s'il existe des indices à son encontre, doit être entendue librement[941]. L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, a défini la garde à vue. Selon l'article 327-1, il s'agit d'une mesure de contrainte par laquelle une personne est maintenue à la disposition des enquêteurs au cours de l'enquête judiciaire pénale.

---

[936] Mme Anne-Marie BATUT, « *Le contrôle de la garde à vue par la chambre criminelle* », http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1997_76/deuxieme_partie_etudes_documents_78/mme_anne_5710.html

[937] Crim., 6 mai 2003, *Bull. crim.*, n° 93, *Procédures* 2003, comm. 178, *Dr. pénal* 2003, comm. 153, *J.C.P.*, 2003.IV.2176.

[938] Crim., 29 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 145.

[939] Crim., 11 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 296, *Dr. pénal* 2001, comm. 13, obs. A. MARON ; 18 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 99, *Dr. pénal* 2001, comm. 13, obs. A. MARON ; 25 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 315, *Dr. pénal* 2001, comm. 25, obs. A. MARON ; 25 juillet 2001, *Dr. pénal* 2002, comm. 11.

[940] Crim., 2 septembre 2004, n° 03-86.721 ; 7 septembre 2004, n° 03-85.956 ; 8 septembre 2004, n° 03-87.428 ; 12 octobre 2005, n° 05-81.848, *Dr. pénal* 2006, comm. 17, obs. A. MARON.

[941] Rapport du Comité de réflexion de la justice pénale *préc.*, p. 21.

La garde à vue a pour objet l'audition de la personne retenue à la disposition de l'officier de police judiciaire et ce, « pour les nécessités de l'enquête »[942] ou « pour les nécessités de l'exécution d'une commission rogatoire »[943]. En raison de cet objet, elle doit se distinguer d'autres mesures privatives de liberté qui, décidées par une autorité de police, échappent au régime de la garde à vue. Elle se différencie ainsi de la rétention douanière[944], de l'arrestation de l'auteur d'un crime ou d'un délit flagrant[945], et de la rétention pour vérification d'identité prévue par l'article 78-3 du Code de procédure pénale au cas où la personne contrôlée refusait ou serait dans l'impossibilité de justifier de son identité. La garde à vue se distinguait également du placement en chambre de sûreté d'une personne trouvée en état d'ivresse prévu par l'article L. 3341-1 du Code de la santé publique[946]. D'ailleurs, au moyen du pourvoi qui soutenait qu'une personne, placée en dégrisement aurait dû se voir notifier son placement en garde à vue et les droits attachés à cette mesure, la Chambre criminelle répond par l'énonciation du principe selon lequel les individus retenus en Chambre de sûreté ne bénéficient pas des droits accordés par les articles 63 et suivants du Code de procédure pénale aux personnes gardées à vue[947], mais elle devait être placée en garde à vue s'il n'était pas dûment constaté qu'elle était ivre[948]. Aussi, la Chambre criminelle a-t-elle refusé d'assimiler à la garde à vue le dispositif de surveillance mis en place dans un hôpital par les services de police, agissant sur commission rogatoire d'un juge d'instruction, en vue de

[942] Art. 63 et 77 C. pr. pén.
[943] Art. 154 C. pr. pén.
[944] Le droit douanier a prévu une rétention douanière consécutive à une capture dans le cadre de flagrant délit visée à l'article 323 du Code de procédure pénale. La durée de la retenue était de 24 heures renouvelables une fois sur autorisation du procureur de la République. Le régime de cette rétention est calqué sur celui de la garde à vue, hormis en ce qui concerne les garanties relatives aux droits de l'intéressé à un médecin, à un entretien avec un avocat et à un avis à une personne de sa famille. Cette disposition était contestée devant le Conseil Constitutionnel dans le cadre d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité. Le Conseil Constitutionnel dans sa Décision n°2010-32 QPC du 22 Septembre 2010 a considéré que cette disposition était contraire à la Constitution au motif que : « *que le 3° de l'article 323 ne permet pas à la personne retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat pendant la phase d'interrogatoire ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne en retenue douanière ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence* ». Toutefois, l'abrogation du 3°) de l'article323 du Code des Douanes ne sera applicable qu'à compter du 1er Juillet 2011.
[945] Art. 73 C. pr. pén
[946] Une personne trouvée en état d'ivresse doit être, par mesure de police, conduite au poste le plus voisin ou dans une Chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'elle ait recouvré la raison. Cette situation doit évidemment être distinguée de celle de la personne mise en cause dans un délit ou un crime et placée en garde à vue alors qu'elle est en état d'ivresse. Elle bénéficie des garanties attachées à cette mesure, ses droits, prévus aux articles 63-1 et suivants du Code de procédure pénale, devant lui être notifiés dès qu'elle est en état d'en comprendre la portée.
[947] Crim., 9 septembre 1998, *Bull. crim*., n° 229**,** *Dr. pénal* 1999, comm. 16, obs. A. Maron. V. aussi Crim., 26 novembre 2003, n° 03-81.442 : *Juris-Data* n° 2003-021737, *Dr. pénal* 2004, comm. 57, obs. A. MARON.
[948] Crim., 11 janvier 2001, *Bull. crim*., n° 7.

contrôler l'identité des personnes rendant visite à un malade lequel, à sa sortie de l'établissement hospitalier, avait été conduit au commissariat pour y être entendu avant d'être mis en examen par le magistrat instructeur[949].

En conséquence, la garde à vue est l'une des mesures de contrainte les plus fameuses que compte le droit pénal. Elle est la manifestation privilégiée des grandes restrictions de la liberté individuelle à laquelle peut conduire ce droit. Elle constitue bien souvent la première confrontation avec le monde judiciaire dans la vie d'un citoyen. C'est pour cela qu'elle se doit d'être irréprochable au niveau du respect des droits de l'individu et surtout des droits de la défense. Plus précisément, la garde à vue, du fait des atteintes qu'elle porte aux libertés individuelles, nécessite la mise en place d'un régime protecteur. Ce dernier doit, d'une part, être aménagé à la lumière de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui, en établissant la sûreté, vient protéger la liberté individuelle[950]. Mais, d'autre part, avec l'émergence de l'Union Européenne, cette liberté fait l'objet d'une protection découlant de l'article 5, §1 c de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au terme duquel, un individu ne peut être privé de sa liberté « que lorsque il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction, ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessite de l'empêcher de commettre une infraction, ou de l'empêcher de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ».

Nous verrons donc successivement le placement en garde à vue (Chapitre I) et les garanties entourant la garde à vue (Chapitre II).

CHAPITRE I : Le placement en garde à vue

CHAPITRE II : Les garanties entourant la garde à vue

[949] Crim., 11 juillet 1994, *Bull. crim*., n° 273, *D.*, 1995, Somm. 141, obs. J. PRADEL ; 13 octobre 1998, *Bull. crim*., n° 254, *Dr. pénal* 1999, comm. 33, obs. A. MARON. Rappr., Crim., 22 mai 2001, *Dr. pénal* 2001, comm. 122, une garde à vue peut avoir pour seul but de retenir un individu en l'attente de son déferrement au procureur de la République.

[950] Art. VII : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance* ».

CHAPITRE I
LE PLACEMENT EN GARDE A VUE

Le Code de procédure pénale a entouré le placement en garde à vue d'un certain nombre d'exigences, prévues par l'article 63 du Code de procédure pénale pour le flagrant délit, auquel renvoie, pour les enquêtes préliminaires, l'article 77 dudit Code. Pour la commission rogatoire, la retenue policière est régie par les dispositions de l'article 154 du même Code. L'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante instaure des règles dérogeant au droit commun concernant les mineurs de treize à dix-huit ans.

Le placement en garde à vue répond à des conditions que la jurisprudence a déclarées compatible avec l'article 5, § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui impose notamment une présentation aussitôt devant un juge ou un magistrat[951]. Et la Cour de Strasbourg a eu souvent l'occasion de vérifier la compatibilité des dispositions régissant une détention policière avec celles de la convention[952]. Elle n'a jamais douté de la validité du principe de la garde à vue, entendant seulement qu'elle ne dure pas trop longtemps[953] et qu'elle ne donne pas lieu à des sévices[954].

Dès lors, il convient de préciser qui décide du placement en garde à vue (Section I), puis le domaine de cette mesure (Section II) et enfin, la durée de celle-ci (Section III).

[951] Crim., 28 janvier 1992, *Bull. crim*., n° 32 ; 23 avril 1992, *D*. 1992, Somm. 322.
[952] CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c/Royaume-Uni*, Série A, n° 182.
[953] CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan c/ Royaume-Uni*, requête n° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85 une durée de 4 jours et 6 heures est excessive
[954] CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, requête n° 12850/87.

SECTION I
LA DÉCISION DU PLACEMENT EN GARDE A VUE

La garde à vue est une mesure de détention policière. Décidée dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, elle est l'apanage de l'officier de police judiciaire qu'il ne peut déléguer. Toutefois, rien n'interdit à ce dernier de solliciter les instructions du parquet[955].

Seul un officier de police judicaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale, - à l'exclusion des fonctionnaires du corps de commandement et d'encadrement de la police nationale qui ont qualité pour rechercher et constater les infractions au Code de la route[956]-, dûment habilité par la Procureur Général près la Cour d'Appel, peut donc décider un placement en garde à vue et ceci, uniquement pour les nécessités de l'enquête. Cette dernière condition, qui trouve un écho à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, est appréciée par l'officier de police judiciaire sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction. La Cour de cassation a refusé que le juge répressif puisse contrôler cette nécessité[957]. Ainsi, dans une forme un peu sacramentelle, elle a rappelé que la décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction, écartant par là toute discussion sur la nécessité de la mesure de garde à vue. Censurant une décision des juges du fond qui avaient estimé que le placement en garde à vue ne répondait pas aux nécessités de l'enquête, la Chambre criminelle opère clairement une distinction entre la question de la légalité de la mesure, qui relève du contrôle du juge, et celle de l'opportunité du placement en garde à vue, dont la décision appartient au seul officier de police judiciaire.

[955] Crim., 27 septembre 2005, *Bull. crim*., n° 237.
[956] Art. L. 130-2 C. route.
[957] Crim., 4 janvier 2005, *Bull. crim*., n° 3, *D*., 2005.761, note LENNON, *Dr. pénal* 2005, comm. 49, obs. A. MARON, *AJ pénal* 2005, 160, obs. LEBLOIS-HAPPE, *AJ pénal* 2005, 409, obs. HERZOG-EVANS, *J.C.P*., 2005.II.10176, note P. CONTE, *D*., 2006, p. 260, note J. PRADEL, le procureur de la République n'a pas à être préalablement consulté ; il est seulement informé dès le début de la garde à vue, sauf circonstances insurmontables. V. aussi LESCLOUS , « *Un an de droit de la garde à vue* », *Dr. pénal* 2007, chron. p. 39.

L'agent de police judiciaire - malgré qu'il soit habilité à diriger une enquête préliminaire – ne peut assurer que la bonne exécution de cette mesure, sous le contrôle et la responsabilité de l'officier de police judiciaire. Il pourra entre autre, notifier les droits de la personne gardée à vue. L'article D 13 du Code de procédure pénale précise d'ailleurs qu'aucun des pouvoirs propres de l'officier de police judiciaire chargé de l'enquête ne peut lui être délégué. De même, l'agent de police judiciaire adjoint n'a pas qualité pour décider d'une mesure de garde à vue ; l'atteinte à la liberté est trop grave pour n'être pas confiée à une autorité d'un rang suffisant[958].

Les magistrats, qu'il s'agisse du procureur de la République ou du juge d'instruction, ne disposent pas du pouvoir de placer une personne en garde à vue car ils sont appelés à en contrôler la mise en œuvre et à en autoriser le renouvellement et qu'on ne peut se contrôler soi-même. L'on ne peut, en effet, cumuler les fonctions de décision et de contrôle. Il est à noter que le préfet possédait autrefois des pouvoirs en matière de garde à vue. L'article 30 du Code de procédure pénale lui donnait les pouvoirs de police judiciaire en cas de crime ou délit contre la sûreté de l'Etat. Mais, ces pouvoirs ont été supprimés par la loi du 4 janvier 1993.

Ainsi, le législateur a confié le placement en garde à vue à des autorités supposées, de par leur niveau élevé, constituer des garanties pour les justiciables. Quand bien même elle est une nécessité, la garde à vue ne doit toutefois concerner que certaines personnes.

[958] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II*, op. cit., p. 361.

SECTION II
LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA GARDE A VUE

Que ce soit dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire, ou en exécution d'une commission rogatoire, la garde à vue poursuit une même finalité, qui est celle de la recherche de la preuve, et ce à l'encontre de catégories de personnes, précisément définies par le Code de procédure.

La détermination des personnes pouvant faire l'objet d'une garde à vue est naturellement un point particulièrement essentiel à la protection des libertés individuelles. Les articles 63, 77 et 154 du Code de procédure pénale déterminent, parmi les personnes majeures, celles qui sont visées par la garde à vue (&I). Des règles spéciales sont toutefois prévues pour les mineurs (&II).

&I. LES MAJEURS

Le législateur a limité la garde à vue aux seuls suspects (A), tout en permettant la rétention des témoins (B).

A. LIMITATION DE LA GARDE A VUE AUX SUSPECTS

Le droit d'aller et venir à son gré est une liberté fondamentale inscrite dans l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et intégrée dans le préambule de la Constitution de 1958. En raison de sa valeur constitutionnelle, toute atteinte à la liberté individuelle doit être justifiée. C'est ainsi que les officiers de police judiciaire peuvent, pour les nécessités de l'enquête, garder à leur disposition les personnes soupçonnées d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction[959].

Avant la loi du 15 juin 2000, la garde à vue était possible, au cours d'une enquête préliminaire, à l'égard de toute personne majeure contre laquelle il existait des indices laissant

[959] Art. 63 et 77 C. pr. pén.

présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Dans le cadre d'une enquête de flagrance, la mesure de garde à vue s'appliquait à toute personne « présente sur les lieux, à qui l'officier de police judiciaire avait défendu de s'éloigner jusqu'à la clôture des opérations de premières constatations[960] », à toute personne « susceptible de fournir des renseignements utiles à la manifestation de la vérité »[961] ou à celle contre laquelle « existaient des indices graves et concordants laissant présumer sa participation à la commission de l'infraction ». L'officier de police judiciaire pouvait donc indifféremment placer en garde à vue un suspect ou un témoin, ce qui était discutée au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

La loi du 15 juin 2000 a unifié le régime de la garde à vue qui est désormais uniforme, que l'on se trouve dans le cadre d'une enquête préliminaire, dans celui d'une enquête de flagrance ou encore dans le cadre d'une instruction. Cette loi a entendu délimiter plus strictement la motivation de la garde à vue, généralement par le rappel de la double exigence de nécessité et de proportionnalité pour toute mesure de contrainte, et spécialement en réservant cette mesure coercitive aux seules personnes impliquées[962], à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction.

La notion d'indices doit être entendue dans une acception très large[963]. Le garde des sceaux a apporté des précisions importantes sur cette question dans une circulaire du 4 décembre 2000 : « *Il peut ainsi s'agir d'indices matériels, mais également de la mise en cause d'un tiers (victime ou témoin), des déclarations de l'intéressé que contrediraient les constatations des enquêteurs, du comportement anormal de la personne sur le lieu des faits, etc.* »[964]. Dans une autre circulaire du 10 janvier 2002, le garde des sceaux a été plus précis encore. Il a indiqué qu'étaient notamment susceptibles de permettre le placement en garde à vue : « *le comportement anormal de la personne, et notamment le fait que celle-ci s'enfuit lors*

[960] Art. 61 C. pr. pén.
[961] Art. 62, al. 1er C. pr. pén.
[962] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 490.
[963] V. Proposition de loi complétant la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, http://www.senat.fr/rap/l01-245/l01-2456.html#toc33
[964] Circ. Crim. 2000-13 F1/04-12-2000, présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire.

de l'arrivée des enquêteurs ; la présence de la personne sur le lieu de l'infraction au moment où elle a été commise, hors le cas où les circonstances ou ses déclarations la mettent à l'évidence hors de cause ; le fait qu'il existe contre une personne des éléments positifs montrant qu'elle a eu la possibilité matérielle de commettre l'infraction (elle se trouvait par exemple à proximité des lieux, ou elle habite à proximité et ne travaillait pas le jour des fait), alors qu'elle a déjà dans le passé été mise en cause, poursuivie ou condamnée pour des faits similaires ; les déclarations de la personne que contrediraient des constatations faites par les enquêteurs ; le fait que la personne avait des raisons plausibles de commettre l'infraction (par exemple elle vivait en mauvaise intelligence avec la victime et l'avait menacé à une ou plusieurs reprises), etc. »[965].

Afin de rendre plus facile le placement en garde à vue, la loi du 4 mars 2002 s'est contenté de définir le suspect d'une façon plus large qu'en 2000. La notion de « raisons plausibles » se substitue à celle d'« indices », dont l'imprécision est critiquée par de nombreux officiers de police judiciaire. En fait, les policiers et les gendarmes semblent ne plus savoir dans quelles situations ils sont autorisés à placer des personnes en garde à vue et préfèrent s'abstenir de prendre une telle décision en cas de doute. Désormais, le gardé à vue est la personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction[966]. Cette nouvelle disposition tend à mettre la loi française en conformité avec l'article 5, §1 c de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[967]. Elle a eu pour volonté de rendre plus facile la mise en œuvre de la garde à vue, par une clarification de la notion de suspect. L'appréciation de ce nouveau critère est totalement laissée aux officiers de police judiciaire, à tel point d'ailleurs que la Cour de cassation ne permet pas véritablement aux juges de fond d'exercer leur contrôle normal sur les circonstances qui le constituent[968].

Cependant, l'officier de police judiciaire ne conserve une totale liberté d'appréciation que lorsque la personne concernée n'est pas placée sous la contrainte, notamment lorsqu'elle s'est présentée spontanément ou a accompagné volontairement le ou les enquêteurs jusqu'à

965 Circ. Crim. 2002-01 E8/10-01-2002, application des dispositions relatives à la garde à vue résultant de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence les droits des victimes, §.II.1.
966 Crim., 27 septembre 2005, *Bull. crim*., n° 237.
967 CEDH, 30 août 1990, *Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni.*
968 Crim., 4 janvier 2005, op. cit.

leur service. La Cour de cassation considère en effet que dès l'instant où le suspect, tenu sous la contrainte à la disposition des enquêteurs, se voit privé de sa liberté de mouvement, il doit immédiatement être placé sous le régime de la garde à vue et recevoir notification des droits y afférents, sans que l'officier de police judiciaire ne dispose plus d'aucun pouvoir d'appréciation[969]. Cette limite a toutefois été jugée insuffisante à prévenir les gardes à vue abusives ou inopportunes par la Commission Outreau. Dans son rapport du 6 juin 2006[970], celle-ci préconise la mise en place d'une obligation de motivation par l'officier de police judiciaire des *« raisons plausibles de soupçonner »* que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction, quel que soit le cadre procédural des investigations. Les membres de la commission souhaitaient ainsi retarder le placement en garde à vue et en faire une phase conclusive de l'enquête plutôt qu'un point de départ des investigations.

La proposition n'a pour l'heure pas été suivie d'effet. Elle aurait permis de se rapprocher des règles en vigueur dans les autres pays européens. En effet, en Allemagne - outre les cas ou l'individu est pris en flagrant délit ou poursuivi pour un délit qui vient d'être commis et qu'il existe un risque de fuite, ou lorsque son identité ne peut être immédiatement établie -, la police ne peut procéder à une arrestation que si les conditions d'un mandat d'arrêt sont réunies ; c'est-à-dire, s'il existe des indices graves et concordants de culpabilité. La garde à vue, dénommée « *rétention provisoire* », ne peut donc être ordonnée que lorsque le mis en cause est très sérieusement soupçonné d'avoir commis une infraction et qu'il existe un risque majeur d'entrave à l'enquête, tel que la fuite de l'intéressé ou la destruction des preuves. De même, en Espagne, le placement en garde à vue n'est possible qu'en cas de flagrant délit ou de tentative d'infraction, de risque d'évasion ou de fuite. De son côté, le droit Suisse prévoit que le placement en garde à vue ne peut être ordonné que s'il s'impose pour pallier un risque de fuite, de récidive ou de collusion.

Sans aller jusqu'à préconiser une obligation de motivation des raisons du placement en garde à vue, le comité de réflexion sur la justice pénale, présidé par Monsieur Philippe Léger, propose de restreindre le recours à cette mesure attentatoire aux libertés, qui a fortement

[969] Crim., 13 novembre 1996, *Bull. crim.*, n° 401, *Justices* 1997, 188, obs. REBUT (dans le cadre d'une enquête préliminaire) ; 19 février 1997, *Bull. crim.*, n° 66 (dans le cadre d'une enquête de flagrance) ; 14 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 260 ; 2 septembre 2003, *Dr. pénal* 2004, comm. 185, obs. A. MARON.

[970] Rapport n° 3125 de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 6 juin 2006, http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp.

augmenté depuis quelques années[971]. Les experts suggèrent d'interdire le placement en garde à vue si la peine encourue est inférieure à un an d'emprisonnement. Toutefois, dans le but de ne pas empêcher le traitement judiciaire des infractions punies de moins d'un an, le Comité a proposé de créer une nouvelle mesure coercitive d'une durée plus limitée que la garde à vue. Il s'agit de la « retenue judiciaire » d'une durée restreinte de six heures. Inspirée du modèle hollandais, cette mesure est justifiée par le fait que si on interdit le placement en garde à vue d'une personne soupçonnée de faits passibles au maximum d'un an d'emprisonnement, la justice et les services de police judiciaire doivent pouvoir disposer des moyens leur permettant d'élucider et de poursuivre efficacement les infractions punies de moins d'un an. Une telle mesure concernera, si la contrainte est nécessaire, toute personne soupçonnée d'une infraction pour laquelle la peine d'emprisonnement est inférieure à cinq ans. Elle ne sera décidée par l'officier de police judiciaire que s'il estime que le seul acte d'enquête à mener est l'audition du mis en cause.

L'avant-projet du futur Code de procédure pénale est très largement en phase avec les recommandations du comité Léger. L'article 327-2 dispose que ne peuvent être placées en garde à vue que les personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement. Cet article met fin à un débat purement universitaire sur le fait de placer une personne en garde à vue pour des faits contraventionnels et délictuels lorsque ces derniers sont punis d'une seule peine d'amende en préliminaire et sur commission rogatoire, faute de l'équivalent pour ces cadres juridiques de l'actuel article 67 du Code de procédure pénale[972] pour la flagrance[973].

Si le Code de procédure pénale actuelle n'exige pas la motivation expresse des décisions de recourir à la garde à vue, le projet de loi prévoit une telle motivation. En application de l'article 327-3, il ne peut être procédé au placement en garde à vue d'une

[971] Selon un chiffre confirmé par le porte-parole du ministère de l'Intérieur Gérard Gachet, le nombre des gardes à vue en France s'est élevé à environ 800.000 en 2009 . Selon le député de Paris Christophe Caresche, le nombre de gardes à vue a augmenté de 67 % depuis 2002. Il comprend aussi les cas d'infractions routières, V. http://www.respectdeslois.fr/archive/2010/02/10/25-mars-deputes-et-garde-a-vue.html

[972] Cet article 67 précise qu'en matière d'enquête de flagrance, seules les personnes suspectées d'avoir commis un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement sont susceptibles d'être placées en garde à vue. Cette règle est appliquée par extension en matière d'enquête préliminaire, ainsi qu'en matière de l'exécution d'une commission rogatoire.

[973] Hervé VLAMYNCK, « *Première approche policière et pratique du projet de Code de procédure pénale* », *AJ pénal* 2010, p. 178.

personne que si, pour les nécessités de l'enquête, il est indispensable de garantir le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs ou sa présence ultérieure devant le procureur ou encore d'empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels, ne fasse pression sur les témoins et les victimes, ainsi que sur leurs familles, ou ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses co-auteurs ou complices.
Ce texte met fin à la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère la notion de « nécessité de l'enquête » comme quasi discrétionnaire et estime que ce critère est une faculté octroyée à l'officier de police judiciaire sous le seul contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction[974]. Il est clair que ce texte s'inspire beaucoup du droit de la détention provisoire dans les motifs qu'il expose. Désormais, les officiers de police judiciaire auront tout intérêt à motiver leurs décisions.

Lorsque les conditions de la garde à vue ne sont pas réunies, la personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction doit être entendue librement[975]. Lorsque la personne a été appréhendée et ramenée par la contrainte dans les locaux du service de police judiciaire, l'officier de police judiciaire peut l'entendre librement s'il s'agit d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans[976]. La durée de l'audition ne peut excéder quatre heures.

L'audition libre sera moins encadrée que la garde à vue. Aucun droit n'est rattaché à cette mesure privative de liberté, si ce n'est celui d'avoir notification de la nature de l'infraction dont la personne est soupçonnée et de sa possibilité de choisir entre une audition libre ou un placement en garde à vue. Ce choix doit faire l'objet d'une déclaration écrite de sa main ; si elle ne sait pas écrire, il en est fait mention au procès-verbal d'audition. L'intéressé peut donc demander à être placé en garde à vue dès le début de l'audition, ce qui n'est pas le cas actuellement car il n'existe pas de droit à la garde à vue[977]. Au vu d'un élément nouveau, l'officier de police judiciaire peut décider de placer la personne en garde à vue. Celle-ci devra

[974] Crim., 4 janvier 2005, op. cit.
[975] Art. 327-6 de l'avant-projet.
[976] Art. 327-7 de l'avant-projet.
[977] Crim., 26 novembre 2003, pourvoi n° 03-81.442 ; 2 septembre 2005, pourvoi n° 04-87.032 ; 24 octobre 2007, pourvoi n° 07-82.310.

alors bénéficier de l'ensemble des droits reconnus aux gardés à vue ; le procureur devra être avisé et les heures écoulées devront être décomptées du délai de garde à vue.

Il est certain qu'il sera aisé pour les officiers de police judiciaire de commencer leur procédure par une audition libre, qui sera par la suite transformée en garde à vue[978]. Mais, où est la volonté de simplification de la procédure lorsque l'on crée un nouveau cadre d'audition au cours de l'enquête ? A notre avis, ce nouveau dispositif qui supprime toute possibilité de présence d'un avocat dans de très nombreuses affaires est un recul certain. C'est une parenthèse totale en termes de libertés publiques et de droits de l'homme.

En résumé, les dispositions des articles 63, 77 et 154 du Code de procédure pénale, qui ne font que mettre en œuvre en droit interne les exigences posées par l'article 5, §1 c de la Convention européenne des droits de l'homme, ne permettent de placer en garde à vue que les personnes à l'encontre desquelles il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, à l'exclusion des témoins.

B. RÉTENTION DES TÉMOINS

Depuis la reforme opérée par la loi du 15 juin 2000, la garde à vue du témoin est exclue. Cette évolution était indispensable et conforme aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui subordonnent la garde à vue à l'existence de soupçons ou d'un risque de fuite. Il est désormais prévu que les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucun indice faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, ne peuvent être retenues par l'officier de police judiciaire que le temps strictement nécessaire à leur audition[979]. Cette disposition existait déjà en matière d'enquête préliminaire et a été étendue par la loi sur la présomption d'innocence à l'enquête de flagrance et à l'instruction. En pratique, pourtant, la distinction entre le témoin et le suspect n'était pas suffisamment précise, ce qui fait peser sur les procédures de grandes incertitudes juridiques.

[978] En ce sens, Conseil National des Barreaux, « *Point d'information sur le rapport d'étape du Comité Léger sur la phase préparatoire du procès pénal* », www.cnb.avocat.fr/attachment/132031/
[979] Art. 62, al. 5 C. pr. pén.

La loi du 4 mars 2002 ne va pas jusqu'à autoriser le placement en garde à vue du simple témoin. Elle définit le suspect comme la personne à l'encontre de laquelle il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Par coordination, la définition des témoins, qui ne peuvent pas être placés en garde à vue, a été modifiée, afin de spécifier qu'il s'agit des personnes à l'égard desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction.

Ainsi, même si le législateur a supprimé toute possibilité de recours abusif à la garde à vue permettant de priver de sa liberté pendant vingt-quatre heures une personne contre laquelle il n'existe absolument aucun indice de culpabilité, la rétention des témoins demeure possible.

Bien que limitée du fait de son objet, cette rétention - dont la conformité à la Convention européenne découle des dispositions de l'article 5, §1 b, justifiant la privation de liberté d'une personne en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi, à savoir l'obligation de comparaître - ne peut durer que le temps strictement nécessaire à l'audition. Selon une circulaire du 4 décembre 2000, il doit s'agir d'un interrogatoire unique, d'une durée globale de quatre heures maximum, et qui ne peut pas être fractionné en plusieurs périodes entre lesquelles le témoin est retenu au commissariat. Aussi, une circulaire d'application du 10 janvier 2002 préconise-t-elle, lors de la retenue du témoin, de ne pas excéder quatre heures, « par comparaison avec la durée prévue pour les vérifications d'identité par l'article 78-3 du Code de procédure pénale »[980]. En toute hypothèse, le témoin auditionné ne bénéficie pas des garanties qu'offre la garde à vue.

Toutefois, le statut de témoin ne met pas la personne à l'abri des poursuites. En effet, s'il apparaît pendant l'évolution de son audition des soupçons laissant présumer sa participation comme auteur ou complice à la commission de l'infraction, un témoin peut être placé en garde à vue. Plus précisément, les déclarations d'une personne initialement entendue comme témoin peuvent, en raison de leur contenu, constituer des raisons plausibles de

[980] Circ. Crim. 2002-01 E8/10-01-2002, §.I.2. La durée de quatre heures n'est donnée qu'à titre indicatif, et ne saurait, en l'absence de précisions dans la loi, constituer la durée maximale à l'issue de laquelle la rétention d'un témoin pour audition ne serait plus possible. Il est toutefois souhaitable qu'en pratique, lorsque la rétention dépasse quatre heures, les enquêteurs en rendent comptent au magistrat du parquet, et se conforment à ses instructions.

soupçonner qu'elle a commis l'infraction, et permettre alors son placement en garde à vue. En pareille hypothèse, la personne concernée devra bénéficier de l'ensemble des droits reconnus aux gardés à vue. Dès le début de la garde à vue, l'officier de police judiciaire en avertit le procureur de la République ou le juge d'instruction.

Pendant l'instruction, les choses se compliquent dans le sens où il résulte des textes qu'un individu peut être un suspect sans toutefois être mis en examen : autrement dit, la présence d'un soupçon ne signifie pas qu'il existe déjà des indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation à l'infraction. Par ailleurs, le témoin est celui qui prête serment, ainsi lorsqu'il est cité pour être entendu lors d'une commission rogatoire[981]. Or, la commission rogatoire peut être aussi le cadre de la garde à vue d'un suspect. Confrontée à la complexité pouvant naître de l'enchaînement des statuts, la jurisprudence avait admis qu'une personne puisse être gardée à vue après avoir prêté serment : la solution malmenait pour le moins la distinction du témoin et du suspect et conduisait à l'entrechoquement de l'obligation de déposer sous serment et du droit, en tant que suspect, de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer[982]. L'article 104 de la loi du 9 mars 2004 a, pour partie, supprimé cet anachronisme en complétant l'article 153 du Code de procédure pénale qui prévoit maintenant que l'obligation de prêter serment et de déposer n'est pas applicable aux personnes gardées à vue sur commission rogatoire. Le fait que les personnes gardées à vue aient été entendues après avoir prêté serment ne constitue pas une cause de nullité de la procédure.

Il est à noter que lorsque l'officier de police judiciaire, agissant dans le cadre d'une commission rogatoire, procède à la garde à vue d'un témoin, cette mesure n'est applicable qu'aux seules personnes à l'encontre desquelles il y a des « raisons plausibles de soupçonner » la commission d'une infraction ; d'où la jurisprudence déduit que s'il y a à l'encontre de la personne des « indices graves et concordants », la garde à vue est exclue[983], de sorte que le juge d'instruction pourra entendre la personne en qualité de mise en examen. En effet, dès qu'une personne entendue comme simple témoin présente des indices graves et concordants de culpabilité, son audition doit s'interrompre, conformément à l'article 105 du Code de procédure pénale.

[981] Art. 153, al. 1er C. pr. pén.
[982] GIUDICELLI, « *La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004* », *AJ pénal* 2004, p. 265.
[983] Crim., 14 mai 2002, *Bull. crim.*, n° 111; 14 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 6.

En pareille hypothèse, le juge d'instruction doit la faire bénéficier des droits de la défense en lui conférant le statut du mis en examen. Selon la circulaire d'application de la loi du 15 juin 2000, « une personne contre laquelle le seul indice de culpabilité résulte de sa mise en cause par la victime ou par un témoin, si cette mise en cause n'est pas circonstanciée, - par exemple la victime ou le témoin pense avoir reconnu la personne, sans pouvoir l'affirmer avec certitude -, ne peut être mise en examen car un tel indice ne peut être considéré comme grave. S'il existe toutefois d'autres indices de culpabilité, comme par exemple la preuve matérielle de la présence de l'intéressé sur le lieu de l'infraction malgré ses dénégations, l'impossibilité pour la personne de préciser son emploi du temps au moment des faits ou sa reconnaissance par d'autres témoins, la mise en examen est alors possible car il existe des indices concordants »[984].

Ainsi, le policier ne peut méconnaître les droits de la défense, et continuer à entendre, sous le régime du témoignage, celui contre qui ont déjà été réunis des indices graves et concordants de participation aux agissements délictueux[985]. Aussi bien, lorsque, dans le cours de la garde à vue, le témoin devenu gardé à vue, a été reconnu formellement par la victime ou un témoin comme auteur ou complice de l'infraction poursuivie, l'application des dispositions combinées des articles 113-2 et 152 du Code de procédure pénale conduit à préconiser que l'officier de police judiciaire arrête alors ses auditions et appelle aussitôt le juge d'instruction, afin que celui-ci décide du statut qu'il entend donner au gardé à vue ainsi accusé.

La suppression de la garde à vue du témoin s'est accompagnée de la possibilité pour le procureur de la République ou le juge d'instruction de recourir à la fore publique pour contraindre la personne qui n'a pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elle ne répond pas à une telle convocation[986].

A côté de ces dispositions générales, il faut relever l'existence de règles spéciales pour les mineurs.

[984] Circ. Crim., 2000-16 F1/20-12-2000, présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 concernant l'instruction, la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention et le jugement correctionnel, §1.1.1.
[985] Crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-85003.
[986] Art. 62, al. 2, 78, al. 1er et 153 C. pr. pén.

&II. LES MINEURS

Il a fallu attendre la loi du 4 janvier 1993 pour que la garde à vue du mineur fasse l'objet des dispositions spécifiques. Elles sont réglementées par l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945, qui a été modifié et remanié à plusieurs reprises, notamment par les lois du 24 août 1993, du 1er février 1994, du 15 juin 2000, du 9 septembre 2002 et du 5 mars 2007, lois qui ont institué un cadre clair et précis afin de protéger le jeune délinquant contre une mesure dont les effets sur la personne sont souvent néfastes. Les règles varient selon l'âge du mineur[987].

En effet, aucune mesure de garde à vue ou de rétention ne peut être prise à l'égard d'un mineur âgé de moins de dix ans. Cependant, un mineur de plus de dix ans et de moins de treize ans est en principe insusceptible d'être placé en garde à vue. Toutefois, à titre exceptionnel, lorsqu'il existe à l'encontre ce mineur des indices graves ou concordants laissant présumer qu'il a commis un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, il peut être retenu, pour les nécessités de l'enquête, à la disposition de l'officier de police judiciaire ou dans un local de police, avec l'accord du procureur de la République, du juge d'instruction ou du juge des enfants.

Si le mineur est âgé de plus de treize ans, les conditions de fond de droit commun s'appliquent. Ce mineur peut être placé en garde à vue s'il existe à son égard des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction. Le procureur de la République est informé dès le début de la garde à vue.

Ces précisions données quant aux personnes pouvant faire l'objet de la garde à vue, il convient d'indiquer la durée de cette mesure.

[987] Crim., 25 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 316, *R.S.C.*, 2001.407, obs. D. COMMARET, l'âge à prendre en considération étant celui du jour de la garde à vue, non celui du jour des faits reprochés à l'intéressé.

SECTION III
LA DURÉE DE LA GARDE A VUE

La garde à vue permet à un officier de police judiciaire de garder au poste de police une personne suspectée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction pour les besoins d'une enquête et pour l'interroger. La durée de la garde à vue est strictement définie par les textes dans la mesure où elle permet de retenir une personne protégée par la présomption d'innocence.

Il convient d'examiner, en premier lieu, le point de départ du délai de la garde à vue (&I), ensuite, le cours de ce délai (&II) et enfin, l'issue de la garde à vue (&III).

&I. LE DÉBUT DE LA GARDE A VUE

Le Code de procédure pénale, fixant la durée de la garde à vue, est muet sur son point de départ ; il ne l'a jamais précisé légalement. Pourtant, sa détermination est importante, car à ce moment que doivent être notifiés les droits accordés à la personne faisant l'objet d'une telle mesure. Dans cette hypothèse, plusieurs questions se posent. Le point de départ de la garde à vue se situe-t-il au début de l'audition ? Ou au début de l'arrestation ? Ou avec l'arrivée au commissariat de police ou à la brigade de gendarmerie ? Ou avec la décision de placement en garde à vue prise par l'officier de police judiciaire ? Qu'en est-il de la personne qui, de sa propre initiative ou sur convocation, se présente librement et sans contrainte devant l'officier de police judiciaire pour l'interroger ? Quel doit être le moment de départ de la garde à vue si elle a été contrainte de comparaître ? Dans le silence de la loi, la jurisprudence a posé les règles suivantes.

Tout d'abord, si un individu est arrêté en état de flagrance, la garde à vue débute, non pas avec l'arrivée au commissariat ou à la brigade de gendarmerie, mais avec la décision de l'officier de police judiciaire, plaçant en garde à vue la personne qu'on lui présente[988]. Le point de départ de la garde à vue se situe donc au moment où l'intéressé a été privé de sa

[988] Crim., 23 mars 1982, *Bull. crim*., n° 85, dans l'hypothèse où la personne est interpellée par les officiers de police judiciaire, sa garde à vue débute aussitôt.

liberté, en pratique au moment de son interpellation et non pas au moment de son audition par un officier de police judiciaire[989]. L'officier de police judiciaire, à qui l'intéressé est présenté, ne doit pas, sans nécessité, retarder son placement en garde à vue[990].

La circulaire d'application du Code de procédure pénale distinguait, à l'article C. 115, entre deux situations : lorsqu'une personne s'est présentée sans contrainte, spontanément ou sur convocation, devant l'officier de police judiciaire, la garde à vue commence en même temps que l'audition de la personne. En revanche, si cette personne dûment convoquée, refuse ou néglige de se présenter à l'officier de police judiciaire, et qu'il faut la contraindre à comparaître par la force publique, le point de départ de la garde à vue doit être fixé au moment de sa conduite devant l'officier de police judiciaire, plus précisément au moment de la présentation à l'officier de police judiciaire et de la décision que celui-ci prend à cet égard[991].

Un premier arrêt rendu le 13 novembre 1996[992] a pu permettre de penser que la chambre criminelle n'avait pas l'intention de reprendre cette distinction, mais de faire prévaloir l'idée que celui qui se présente volontairement dans les locaux de police judiciaire, pour y déposer sur certains faits, n'est pas dans une situation de « maintien à la disposition des enquêteurs »[993], et ne le sera que si, à l'issue de son audition, ceux-ci estiment sa présence nécessaire aux besoins de l'enquête. Ainsi, dans cette espèce, la Cour de cassation a relevé que la notification des droits de l'intéressé était logiquement intervenue dès son placement effectif en garde à vue, après son audition, à laquelle il avait été procédé à la suite de sa présentation spontanée au commissariat de police. Mais, il ressort de cet arrêt que la chambre a, par ailleurs, considéré alors comme erronée la précaution prise par les enquêteurs de faire rétroactivement partir la garde à vue de l'arrivée de la personne dans les locaux de police, puisqu'à ce moment-là, celle-ci n'était pas dans la situation juridique d'où découlent les droits qui caractérisent la mesure.

[989] Le début de la garde à vue est fixé au début de la rétention décidée par l'enquêteur, Crim., 15 février 2000, *Dr. pénal* 2000, comm. 88, *J.C.P.,* 2000.I.235, obs. A. MARON.
[990] Crim., 30 avril 1996, *Bull. crim*., n° 182.
[991] Crim., 6 mai 2003, op. cit.
[992] Crim., 13 novembre 1996, *Bull. crim*., n° 401.
[993] Crim., 6 février 2002, *Bull. crim*., n° 26.

Pour autant, deux arrêts postérieurs ont donné l'occasion à la Chambre criminelle de moduler sensiblement cette position. Le premier, du 19 février 1997[994], paraît conciliable avec le précédent, dans la mesure où il retient que, dès lors que doit être vérifiée la réalité des indices faisant présumer qu'une personne a commis une infraction, celle-ci peut être entendue, conformément à l'article 62 du Code de procédure pénale, avant d'être placée en garde à vue et de recevoir notification des droits attachés à ce placement. Et si la chambre approuve implicitement l'effet rétroactif de la mesure au début de l'audition de l'intéressé, il faut se reporter aux circonstances propres à l'espèce pour constater que cette audition n'avait pas eu lieu dans les conditions ci-dessus décrites, mais dans la situation inverse d'une comparution forcée devant l'officier de police judiciaire, en l'occurrence, au cours d'une hospitalisation.

En revanche, la seconde décision, rendue le 6 mai 1997[995], pose très nettement le principe à suivre désormais, qui a l'avantage de préserver les droits de la défense sans paralyser l'action des enquêteurs. Une personne qui se présente sans contrainte au service de police où elle est convoquée peut, au cours d'une enquête préliminaire, être entendue sur les faits qui lui sont imputés, avant d'être placée en garde à vue. La procédure est régulière, dès lors que la notification des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 du Code de procédure pénale est faite dès le placement effectif en garde à vue et que la durée de cette mesure est calculée à compter de l'heure de l'arrivée dans le service de police[996]. En somme, le point de départ est fixé rétroactivement au moment où l'intéressé s'est présenté devant l'officier de police judiciaire pour être entendu.

Qu'en est-il de la personne qui, sans contrainte, assiste à la perquisition effectuée chez elle, et à la fin de cette opération, accompagne librement les enquêteurs au commissariat où elle sera interrogée ?

En cas de perquisition, le placement en garde à vue n'est pas exigé et n'intervient qu'après découverte d'éléments à charge, voire au terme de l'audition effectuée ultérieurement au commissariat de police où la personne gardée à vue a accompagné librement les enquêteurs. La jurisprudence a admis que le délai de garde à vue est calculé dans ce cas à compter du début de la perquisition; aucune irrégularité de la procédure de garde à vue ne saurait être

[994] Crim., 19 février 1997, *Bull. crim*., n° 66.
[995] Crim., 6 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 174.
[996] Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim*., n° 84, *Procédures* 1998, comm. 180, obs. J. BUISSON, *Dr. pénal* 1998, comm. 108, obs. A. MARON ; 28 juin 2000, *Bull. crim*., n° 251.

alors invoquée. Il n'importe que, dans l'intérêt du demandeur, la garde à vue ait été calculée à compter du début de la perquisition comme l'illustre un arrêt du 16 février 2000 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[997]. En outre, l'intéressé, qui, à l'issue d'une perquisition effectuée à son domicile, en sa présence et avec son assentiment exprès, a accepté de suivre sans contrainte les policiers jusqu'au commissariat, pour y être entendu en enquête préliminaire, peut faire l'objet d'une audition avant d'être placé en garde à vue[998].

Ces jurisprudences ont été renforcées par les articles 56 et 76 du Code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, qui prévoient que dans le cadre de l'enquête préliminaire comme en flagrance, les personnes présentées peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire pendant le temps strictement nécessaire aux opérations de perquisition. Cette rétention n'obéit pas aux règles de la garde à vue. Ce n'est en effet parfois qu'à l'issue de la perquisition que sont découverts des éléments rendant la personne suspecte, alors qu'au début de l'opération aucun élément de la procédure ne permet de la mettre en cause et de lui interdire de partir avant la fin des opérations en procédant à son placement en garde à vue[999].

En revanche, si une personne fait l'objet d'une rétention contre son gré, la privant de sa liberté d'aller et venir, l'officier de police judiciaire n'a plus aucune marge d'appréciation dans la détermination du moment où il va l'aviser de son placement en garde à vue : dès lors qu'une contrainte de fait est exercée par les policiers sur elle, elle doit être immédiatement placée en garde à vue et se voir notifier les droits attachés à cette mesure. Il appartient alors aux juges d'examiner les pièces de la procédure et de déterminer le moment où la personne s'est trouvée dans une situation de fait de gardé à vue, abstraction faite de l'heure où ce statut juridique lui a été conféré par l'avis qui lui en a été donné par l'officier de police judiciaire.

Deux arrêts consacrent ce principe. Dans la première espèce[1000], un individu avait été interpellé par les gendarmes alors que, sortant d'un bureau de poste dans lequel un vol avec arme était en train de se commettre, il avait pris la fuite à la vue des forces de l'ordre. Il avait

[997] Crim., 16 février 2000, *Bull. crim.*, n° 72, *D.*, 2001.61, note V. BUCK ; 19 janvier 2000, *Bull. crim.*, n° 33.
[998] Crim., 10 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 180.
[999] Circ. Crim., 04-16-E8, 14 mai 2000, §2.3.2.
[1000] Crim., 11 octobre 2000, pourvoi n° 00-82.238, la garde à vue débute au moment où la personne a été privée de liberté.

été plaqué au sol, menotté et conduit dans les locaux de gendarmerie où il n'avait été informé de son placement en garde à vue et de ses droits que six heures après son interpellation. Dans la seconde espèce[1001], l'intéressé, désigné par des témoins comme l'auteur d'un homicide volontaire, avait été interpellé à son domicile et immédiatement menotté. Après une perquisition, il avait été conduit dans les locaux de gendarmerie, où, après avoir été entendu, il avait reçu notification de son placement en garde à vue et des droits attachés à cette mesure. La Chambre criminelle retient que « la personne qui, pour les nécessités de l'enquête, est, sous la contrainte, tenue à la disposition d'un officier de police judiciaire, doit être immédiatement placée en garde à vue et recevoir notification des droits attachés à cette mesure ; que tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par des circonstances insurmontables, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée ». En outre, si la personne a été placée en dégrisement, puis entendue avant d'être placée en garde à vue, le délai de cette mesure sera calculé, dans son intérêt, à compter de l'heure où elle a été prise en charge par les services de police[1002].

La question du point de départ de la garde à vue a été également abordée dans des cas où cette mesure faisait suite à une retenue douanière. Par deux arrêts successifs[1003], la chambre a jugé que l'imputation, prévue par l'article 323 du Code des douanes, de la durée de la retenue douanière sur la durée de la garde à vue lui faisant suite a pour seul objet de limiter la durée de la privation de liberté. Elle est sans effet sur les régimes respectifs de chacune de ces mesures, pour en déduire que, les agents des douanes n'étant pas légalement tenus de donner à la personne placée en retenue dans leurs locaux l'avis prévu par l'article 63-1 du Code de procédure pénale, le délai de l'article 63-4, concernant l'entretien avec un avocat, ne commence à courir qu'à compter du placement effectif en garde à vue. Ainsi en va-t-il si le gardé à vue, antérieurement à la mesure de garde à vue, a déjà fait l'objet d'une rétention dans le cadre d'une vérification d'identité[1004].

Ainsi, la détermination de la durée de la garde à vue dépend d'abord du moment précis où celle-ci a commencé. Mais, dès lors que la garde à vue n'est admise qu'en raison des

[1001] Crim., 6 décembre 2000, pourvoi n° 00-86.221.
[1002] Crim., 28 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 136.
[1003] Crim., 1er mars 1994, *Bull. crim.*, n° 80 ; 7 mars 1994, *Bull. crim.*, n° 89.
[1004] Art. 78-4 C. pr. pén.

nécessités de l'enquête, on ne saurait l'autoriser pour un temps trop long. Ce dernier point mérite d'ailleurs d'être précisé.

&II. LE COURS DU DÉLAI DE LA GARDE A VUE

Combien de temps la police peut-elle retenir dans ses locaux une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction ? En l'Etat du droit, la garde à vue comporte à l'évidence des risques d'abus. Pour les limiter, le législateur en a fixé la durée : celle-ci varie selon ce que la personne concernée est majeure (A) ou mineure (B).

Pourtant, malgré une réglementation assez claire de la garde à vue, quelques difficultés ont contraint la jurisprudence à intervenir. Celles-ci concernent principalement le cumul de gardes à vue, qu'il nous faut aussi développer (C).

A. CAS DES MAJEURS

L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne majeure à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Cette mesure ne peut excéder la durée fixée par le législateur.

Cette durée est régie, en droit commun, par l'article 63 pour ce qui concerne l'enquête de flagrance, l'article 77 pour l'enquête préliminaire et l'article 154 pour l'exécution d'une commission rogatoire (1). Face à ce régime général, un régime spécifique est appliqué en matière de criminalité et de délinquance organisées (2).

1. Régime applicable en matière d'infractions de droit commun

La durée initiale de la garde à vue est de vingt-quatre heures[1005] maximum, délai sur lequel il convient d'imputer les mesures de rétention qui ont pu intervenir antérieurement telles que la vérification d'identité et la rétention douanière. En tout cas, la durée de la garde à

[1005] La garde à vue décidée par le préfet était d'une durée maximum de 48 heures.

vue n'est pas interrompue par une mesure d'hospitalisation ; la prise en charge médicale momentanée, à l'initiative et sous le contrôle des policiers, d'une personne placée en garde à vue, dont le comportement se révèle incompatible avec son audition, n'a pas pour conséquence de suspendre de plein droit l'exécution de cette mesure[1006]. Le délai de vingt-quatre heures est considéré comme étant normalement suffisant pour permettre aux officiers de police judiciaire de mener à bien leurs investigations[1007].

Cependant, en cas de besoin, une prolongation de vingt-quatre heures au plus est possible[1008]. La prolongation de la mesure de garde à vue doit être notifiée à la personne concernée. La chambre criminelle a néanmoins précisé que la circonstance que le procès-verbal de notification de la prolongation soit antérieure à l'autorisation écrite n'entraîne pas la nullité de cette partie de la procédure dans la mesure où le magistrat n'est pas tenu d'indiquer l'heure de délivrance de l'autorisation et où, en l'occurrence, les deux actes étaient intervenus dans le délai de vingt-quatre heures de la garde à vue[1009].

La décision de prolongation revient non pas à l'officier de police judiciaire mais, à la demande de celui-ci, au magistrat chargé du contrôle de la mesure. Dans cette hypothèse, la question qui peut se poser est de savoir s'il faut présenter au procureur la personne dont l'enquêteur envisage de prolonger la garde à vue au-delà de vingt-quatre heures ?

Avant la loi de 1993, la garde à vue était, dans l'enquête de flagrance de droit commun, d'une durée de vingt-quatre heures, avec une possibilité de prolongation de vingt-quatre heures supplémentaires sur autorisation du procureur de la République.
Néanmoins, la prolongation n'était susceptible, en cas d'enquête préliminaire, qu'après la présentation de la personne concernée devant le magistrat du parquet[1010]. La loi du 4 janvier 1993 unifie le régime de la garde à vue en matière de flagrance et d'enquête préliminaire. Cette loi a repris les anciennes dispositions quant à la présentation de la personne concernée au procureur de la République lors de prolongation de la durée de garde à vue. Désormais, l'obligation de présenter le gardé à vue au magistrat du parquet lors de la prolongation, qui ne

[1006] Crim., 27 mai 1997, *Procédures* 1997, comm. 297, obs. J. BUISSON.
[1007] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 503.
[1008] Selon l'article 327-9 de l'avant-projet, lorsqu'il s'agit d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure à un an, la personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures.
[1009] Crim., 30 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 221.
[1010] Crim., 11 février 1998, *Bull. crim.*, n° 55, *R.S.C.*, 1998.583, obs. DINTILHAC.

s'imposait jusqu'alors que durant l'enquête préliminaire et au cours de l'information, a été étendue à l'enquête de flagrance. Pourtant, ce principe est assorti d'une dérogation. A titre exceptionnel, la garde à vue pouvait être prolongée par une décision écrite et motivée, sans présentation préalable de l'intéressé ; l'omission de cette formalité porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue[1011]. La mention « Vu, ok pour prolongation » apposée en marge de la demande de prolongation présentée par l'officier de police judiciaire n'est pas suffisante. Il semble pourtant exister une certaine résistance des juges du fond, la chambre de l'instruction ayant refusé d'annuler aux motifs que le requérant ne démontrait pas en quoi la recherche et l'établissement de la vérité s'en trouvaient fondamentalement viciés ni en quoi l'absence de motivation avait porté atteinte à ses intérêts[1012].
La loi du 24 août 1993 a supprimé l'obligation de présentation au procureur de la République pour une prolongation de vingt-quatre heures en matière de flagrant délit. Le principe mis en place par la loi du 4 janvier 1993 est inversé : la prolongation de la durée de la garde à vue peut être faite sans présentation préalable de l'intéressé, sauf si le parquetier l'exige.

En conséquence, si la garde à vue intervient suite à la constatation d'une infraction flagrante, l'article 63 du Code de procédure pénale impose, en principe, l'autorisation écrite du procureur de la République[1013] pour la prolongation. Mais, celui-ci reste libre d'ordonner la présentation préalable de l'intéressé[1014]. En revanche, dans le cadre de l'enquête préliminaire, la prolongation n'est possible qu'après présentation du gardé à vue au procureur de la République. Toutefois, à titre exceptionnel, lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent, cette prolongation peut être accordée par une décision écrite et motivée, sans présentation préalable de l'intéressé au parquet[1015].

Lorsque l'officier de police judiciaire agit sur délégation du juge d'instruction, les dispositions de l'article 154 du Code de procédure pénale s'appliquent. Celles-ci prévoient la prolongation de la garde à vue, sur l'autorisation écrite du juge d'instruction, à qui la personne gardée à vue doit être présentée à cet effet. Cependant, à titre exceptionnel comme dans le cas

[1011] Crim., 9 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 115, *Procédures* 2001, comm. 158.
[1012] GIRAULT, « *Les nullités de la garde à vue* », *AJ pénal* 2005, p. 142.
[1013] Crim., 4 janvier 2006, n° 05-86.086, *Procédures* 2006, comm. 86, obs. J. BUISSON, *R.S.C.*, 2006, chron. p. 341, note COMMARET.
[1014] Crim., 14 octobre 1998, Decaix, *Juris-Data* n° 004462.
[1015] L'art. 77 C. pr. pén. subordonne la prolongation de la garde à vue à l'audition de la personne par le magistrat et ne déroge à cette exigence qu'à titre exceptionnel.

de l'enquête préliminaire, cette prolongation peut être ordonnée par une décision écrite et motivée du magistrat instructeur, sans présentation préalable du gardé à vue. Cette différence de réglementation est intentionnelle et s'explique par la nature des choses : l'urgence ne permet pas que les enquêteurs perdent des heures précieuses à transférer la personne suspecte au Palais de Justice et à la ramener sur les lieux de l'enquête[1016]. Selon la Cour de cassation, constitue une situation exceptionnelle l'éloignement géographique du magistrat[1017] ou encore la nécessité, pour les enquêteurs, d'effectuer des investigations au cours de la garde à vue[1018] ou même, l'existence d'interrogatoires en cours au cabinet du juge d'instruction[1019]. L'autorisation de prolonger la garde à vue sans présentation préalable de l'intéressé doit être écrite et motivée. L'omission de cette formalité porte atteinte aux intérêts du gardé à vue[1020]. Ne répond naturellement pas à cette exigence de motivation la seule mention « vu OK pour prolongation ».

Depuis la réforme opérée par la loi du 9 septembre 2002, la présentation au magistrat aux fins de prolongation de la garde à vue peut être réalisée par le biais de la télécommunication audiovisuelle[1021]. Lorsque la garde à vue est décidée dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire, l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle est décidée par le procureur de la République. Si la garde à vue est effectuée dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire, c'est le juge d'instruction, après avis du magistrat du parquet, qui peut décider de recourir à un tel moyen de télécommunication[1022].

En définitive, dans le régime de droit commun, la garde à vue ne peut pas durer plus de quarante-huit heures, soit le délai initial de vingt-quatre heures et sa prolongation de vingt-quatre heures. Ce délai peut toutefois être étendu par une prolongation supplémentaire pour les infractions qui relèvent de régimes dérogatoires.

[1016] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II*, op. cit., p. 385.
[1017] Crim., 27 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 246.
[1018] Crim., 12 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 370; 30 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 222.
[1019] Crim., 2 avril 2003, *Dr. pénal* 2003, chron. 29.
[1020] Crim., 9 mai 2001, op. cit.
[1021] Art.706-71 C. pr. pén.
[1022] Art. R. 53-33 à R. 53-39 C. pr. pén.

2. Régime applicable en matière d’infractions commises en bande organisée

Le législateur de 2004 a refondu les dispositions relatives à la durée de la garde à vue. Il a fournit aux enquêteurs les moyens de lutter plus efficacement contre la criminalité organisée en permettant de prolonger à deux reprises la durée de la garde à vue pour les seules personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'elles ont commis les crimes et les délits énumérés à l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Ainsi, il a inséré audit Code un nouvel article 706-88 ayant pour objet essentiel le placement en garde à vue pendant quatre-vingt seize heures les personnes suspectées d'avoir commis l’une des infractions relevant de la criminalité organisée, quel que soit le cadre d’enquête. Ce faisant, la durée maximale de la garde à vue en matière de criminalité organisée pourra atteindre quatre jours. Ces délais s’expliquent par la difficulté des actes d’enquête à accomplir en matière de crime organisé, par les recherches assez longues que la police doit effectuer, et par les implications internationales qui peuvent exister et qui ralentissent la procédure.

Ces prolongations exceptionnelles de la durée de la garde à vue ne peuvent être décidées que par un représentant de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle comme l'affirme l'article 66 de la Constitution. Ainsi, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, la garde à vue d'une personne peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune. Ces prolongations sont autorisées, par décision écrite et motivée soit, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction saisi.

La première prolongation ne peut être accordée qu’après présentation de l’intéressé devant le magistrat compétent. Toutefois, afin d'éviter les présentations trop complexes à mettre en œuvre, voire dangereuses, par exemple dans le cadre d'une opération tendant au démantèlement d'un réseau organisé comprenant un grand nombre de personnes, la seconde prolongation peut, à titre exceptionnel, être autorisée sans présentation préalable de la personne en raison des nécessités des investigations en cours ou à effectuer.

Cependant, lorsque la durée prévisible des investigations restant à réaliser à l'issue des premières quarante-huit heures de garde à vue le justifie, le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction peut décider, par décision écrite et motivée, que la garde à vue fera l'objet d'une seule prolongation supplémentaire de quarante-huit heures[1023].

La loi du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme, a permis de porter la garde à vue à 144 heures. Au sens de l'article 706-88, alinéa 7 du Code de procédure pénale, lorsqu'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement, le juge des libertés ou le juge d'instruction peut, à titre exceptionnel, autoriser par une décision écrite et motivée, que la garde à vue en cours d'une personne, se fondant sur l'une des infractions de terrorisme, fera l'objet d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois. En tout, la garde à vue peut donc durer six jours.

A côté de ces dispositions qui concernent les majeurs, des règles particulières sont prévues pour les mineurs.

B. CAS DES MINEURS

Avant 1993, les mineurs étaient soumis au droit commun. Des règles spécifiques leur sont aujourd'hui applicables depuis une loi du 4 janvier 1993. Ces règles se fondent sur la vulnérabilité supposée du mineur lors de son audition.

Un mineur de dix à treize ans contre lequel il existe des indices graves ou concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement peut, pour les nécessités de l'enquête, être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat du ministère public ou d'un juge d'instruction spécialisés dans la protection de l'enfance ou d'un juge des enfants, pour une durée que ce magistrat détermine et qui ne saurait excéder douze heures. Toutefois, à titre exceptionnel, cette retenue peut être prolongée, par décision motivée

[1023] Art. 706-88, al. 5 C. pr. pén. ; Crim., 11 décembre 1997, *Bull. crim*., n° 424, *Procédures* 1998, comm. 97, obs. J. BUISSON.

de ce magistrat pour une durée qui ne saurait non plus excéder douze heures, après présentation devant lui du mineur, sauf si les circonstances rendent cette présentation impossible. Elle doit être strictement limitée au temps nécessaire à la déposition du mineur et à sa présentation devant le magistrat compétent ou à sa remise à ses parents, à son tuteur, ou à la personne ou au service auquel il est confié. Avant la loi PERBEN I du 9 septembre 2002, cette retenue était de dix heures au plus, renouvelable une fois, s'il existe à l'encontre du mineur des indices graves et concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit punissable d'au moins sept ans d'emprisonnement.

Le mineur de treize à seize ans peut être placé en garde à vue pour une durée initiale de vingt-quatre heures, s'il existe des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction. Cette mesure est possible même pour des infractions faisant encourir une peine inférieure à cinq ans. Une prolongation de vingt-quatre heures au plus n'est possible que lorsque les faits motivant l'enquête sont de nature criminelle ou, en matière correctionnelle, punis d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans. Dès lors, une prolongation n'est possible que pour des affaires graves. Aucune mesure de garde à vue ne peut être prolongée sans présentation préalable du mineur au procureur de la République ou au juge d'instruction du lieu d'exécution de la mesure[1024]. Cependant, les dispositions relatives à la criminalité organisée ne lui sont pas applicables. Il est à noter que sous l'empire des articles 706-29 du Code de procédure pénale et 4 de l'ordonnance du 2 février 1945, un mineur de treize à seize ans pouvait être placé en garde à vue durant quatre-vingt-seize heures pour les faits de trafic de stupéfiants[1025].

Le mineur âgé de seize à dix-huit ans peut être mis en garde à vue pour une durée initiale de vingt-quatre heures, s'il existe à son égard des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction. Le procureur de la République doit être informé dès le début de la garde à vue. Ce mineur est soumis, en ce qui concerne la prolongation de la garde à vue, au régime applicable aux majeurs. Ainsi, la mesure peut être prolongée pour une durée maximum de vingt-quatre heures. Toutefois, l'article 4-VII de l'ordonnance du 2 février 1945, inséré par la loi du 9 mars 2004 prévoit que les dispositions dérogatoires de l'article 706-88 du Code de procédure pénale peuvent s'appliquer aux

[1024] Crim., 13 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 259.
[1025] Hervé VLAMYNCK, « *Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes* », *art. préc.*, p. 189.

mineurs de plus de seize ans lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes majeures ont participé, comme auteurs ou complices, à la commission d'une infraction relative à la criminalité organisée visée à l'article 706-73 du Code de procédure pénale. D'où l'on peut déduire qu'une garde à vue de quatre jours peut s'appliquer à un mineur de plus de seize ans, malgré son caractère fortement coercitif. Aucune prolongation ne peut avoir lieu sans présentation préalable du mineur au procureur de la République ou au juge d'instruction du lieu d'exécution de la mesure.

Ces précisions fournies sur le délai maximum de la garde à vue, il reste à rechercher si ce délai ne pourrait pas être mis en échec par l'effet d'une nouvelle garde à vue : c'est la question donc du cumul des gardes à vue[1026].

C. LES GARDES A VUE MULTIPLES

Si, pendant une procédure, une personne est placée en garde à vue quelques heures avant d'être relâchée, puis, postérieurement est à nouveau gardée à vue, comment se calcule précisément la durée de la garde à vue ? Doit-on prendre en compte chacune des gardes à vue, considérées isolément, ce qui permettrait de retenir, à deux reprises, un individu pendant une durée totale supérieure au maximum légal ? Ou les juridictions doivent-elles sanctionner un cumul de gardes à vue excédant la durée prévue par la loi ?

La solution critiquée, que la Cour de cassation adoptait autrefois, aboutirait à autoriser une pratique dangereuse qui, pour tourner les règles rigoureuses sur les délais de la garde à vue, consisterait à tronçonner cette mesure en fractions inferieures à vingt-quatre heures, et à relâcher le suspect à temps pour éviter, chaque fois, la présentation à un magistrat, pour le reprendre ensuite.

En revanche, rien n'interdit que, dans la même affaire, après une première garde à vue pratiquée par exemple dans le cadre d'une enquête préliminaire, une nouvelle garde à vue de la même personne ait lieu à l'occasion de l'exécution d'une commission rogatoire et même que se succèdent, à l'intérieur d'une même enquête préliminaire ou de l'exécution d'une

[1026] Haritini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 644.

même commission rogatoire, deux gardes à vue, pourvu qu'elles soient séparées par une remise en liberté d'assez longue durée pour que l'on ne puisse pas considérer qu'elles sont en réalité les tranches d'une même mesure de contrainte.

La chambre criminelle a, de longue date, implicitement admis le cumul de gardes à vue pour les mêmes faits dans des cadres procéduraux distincts : cumul de garde à vue effectuées sur commissions rogatoires[1027] et cumul de garde à vue en enquête préliminaire puis sur commission rogatoire[1028]. Elle a toutefois jugé que deux gardes à vue successives, exécutées à cinq ans d'intervalle dans la même affaire, reprise après un premier classement sans suite, et concernant le même suspect, ne devraient pas, à elles deux, dépasser quarante-huit heures ; la seconde garde à vue doit être regardée comme constituant la poursuite de la première. En d'autres termes, une personne mise en cause pour viols sur mineur, placée en garde à vue une première fois pendant neuf heures au cours d'une enquête préliminaire ayant abouti à un classement sans suite, ne pouvait être à nouveau gardée à vue, cinq ans plus tard, pour une durée de quarante-trois heures après prolongation dans le cadre d'une enquête sur commission rogatoire diligentée sur les mêmes faits. Le dépassement de ce délai, même si les mesures ont été successivement ordonnées en application de l'un ou l'autre de ces textes, en l'occurrence les articles 77 et 154 du Code de procédure pénale, constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée[1029]. La Cour suprême censurait ainsi un arrêt acceptant le cumul de temps de garde à vue, pour des mêmes faits, au-delà de la durée maximale de quarante-huit heures dès lors qu'ils étaient exécutés dans des cadres juridiques différents. Elle affirmait aussi que le dépassement de ce délai constituait « par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée ».

Cette situation doit être évidemment distinguée de l'hypothèse où, pour le même fait, deux gardes à vue de nature différente se succèdent. Il s'agit par exemple du cas où la garde à vue fait suite à une rétention douanière. En pareille hypothèse, il devrait y avoir mise en œuvre d'une nouvelle garde à vue, dont le régime et la durée, seraient indépendants de ceux de

[1027] Crim., 1er septembre 1987, *Bull. crim.*, n° 308.
[1028] Crim., 22 avril 1992, *Bull. crim.*, n° 172. V. aussi Crim., 11 juillet 2007, n° 07-83.007, *Juris-Data* n° 2007-040314, cumul de garde à vue en flagrant délit puis sur commission rogatoire.
[1029] Crim., 13 février 1996, *Bull. crim*., n° 74, *D*., 1996, Somm. 258, obs. J. PRADEL, *Procédures* 1996, comm. 151, obs. J. BUISSON, *Dr. pénal* 1996, comm. 143, obs. A. MARON, *J.C.P.*, 1997.I.3998, obs. VERON : le cumul de garde à vue à l'occasion des mêmes faits n'est possible que dans la limite de la durée maximale autorisée par la loi.

la première[1030]. Mais, quand le délai commence-t-il à courir ? La chambre criminelle décide que, bien que les deux mesures obéissent à des régimes distincts, la durée totale de privations de liberté ne peut excéder vingt-quatre heures, sans l'intervention d'un magistrat, la rétention s'imputant sur la garde à vue en application de l'article 323 du Code des douanes[1031].

Si les faits sont distincts, il n'y a pas imputation[1032] ; mais, en cas de continuité dans le cumul de gardes à vue, la durée cumulée des gardes à vue en concours ne peut dépasser la plus longue durée possible pour l'une de ces mesures[1033].

Dans un premier arrêt, la Cour de cassation avait posé le principe de régimes distincts de garde à vue en fonction des faits concernés[1034]. Il s'agissait d'une garde à vue prise sur commission rogatoire délivrée sur des qualifications de droit commun donnant droit, en ce qui concerne la garde à vue, à entretien avec un avocat à la vingtième heure. En cours de garde à vue et avant la vingtième heure, les poursuites étant élargies sur réquisitoire supplétif à des faits nouveaux d'association de malfaiteur en vue de préparer la commission d'un crime, qualification permettant de reculer à la trente-sixième heure l'association d'un avocat, ce qui était fait[1035].
La chambre criminelle validait cette solution. Elle admettait donc qu'il existait deux régimes de garde à vue distincts sur la même période à raison de la prise en compte en cours de période de faits nouveaux obéissant à un régime distinct. Cette distinction des régimes ne peut qu'être fondée sur une distinction de nature des mesures de garde à vue.

Dans un arrêt du 17 mars 2004, la Cour de cassation a confirmé la position de principe de 1999. Elle a établi que la durée du cumul de gardes à vue ne pourra excéder la durée la plus longue qui aurait pu résulter de l'une d'elles si ces gardes à vue s'exercent de manière continue : « si une personne peut être soumise, à l'occasion de faits distincts, à des mesures de garde à vue immédiatement successives et indépendantes l'une de l'autre, elle ne peut toutefois être retenue de manière continue à la disposition des officiers de police judiciaire pendant une période totale excédant la durée maximale de garde à vue autorisée par la loi ;

[1030] Crim., 8 novembre 1995, *Bull. crim.*, n° 341.
[1031] Crim., 11 décembre 1997, op. cit. ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 505.
[1032] Crim., 15 décembre 1999, *Bull. crim.*, n° 311, *Dr. pénal* 1999, comm. 50, note A. MARON.
[1033] Crim., 7 décembre 2004, n° 02-83.938, *Dr. pénal* 2005, comm. 50, note A. MARON.
[1034] Crim., 8 novembre 1995, n° 95-82.877, *Dr. pénal* 1996, comm. 91, note A. MARON.
[1035] LESCLOUS, « *Un an de droit de la garde à vue* », *art. préc.*, 42.

que le dépassement de ce délai porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée[1036].

En l'espèce, les policiers avaient, dans le cadre d'un contrôle routier le 9 juillet 2003 à 18 h, interpellé un homme qui leur avait présenté un faux permis de conduire, tandis qu'ils constataient, dans son véhicule, la présence d'une plaque d'immatriculation provenant d'une automobile volée. L'officier de police judiciaire avait alors placé cet homme en garde à vue en exécution d'une enquête de flagrance pour faux et recel, laquelle avait débuté à 18 h, pour être levée à 22 h 30 sur instruction du procureur de la République compétent.
Ayant appris que l'intéressé, qu'ils soupçonnaient d'infractions à la législation sur les stupéfiants, se trouvait dans les locaux d'un commissariat de police, des policiers de la brigade des stupéfiants de Paris l'avaient alors, sur le fondement d'une commission rogatoire d'un juge d'instruction de Créteil, placé en garde à vue le même jour à 22 heures 20 ; cette mesure ayant été levée, après prolongations, le 13 juillet suivant, à 18 h 48. Le mis en cause avait déposé une requête en annulation en faisant valoir l'illégalité de sa garde à vue qui avait duré 96 heures 48 minutes.

L'arrêt attaqué avait considéré, d'abord, que lorsqu'une personne fait l'objet de deux gardes à vue pour les mêmes faits, la durée de la première garde à vue doit s'imputer sur celle de la seconde garde à vue, que la personne ait ou non été remise en liberté entre les deux mesures, la durée totale de ces deux mesures ne devant pas excéder la durée légale maximale d'une garde à vue[1037]. Puis, il avait relevé que dans l'hypothèse où la seconde mesure de garde à vue est motivée par des faits distincts de ceux qui ont donné lieu à la première de ces deux mesures, les deux gardes à vue sont alors indépendantes l'une de l'autre, avant d'affirmer qu'il n'existe aucune limitation du nombre des gardes à vue dont peut faire l'objet une même personne[1038].

Dans cet arrêt du 17 mars 2004, la Cour de cassation a écarté toute idée de cumul de gardes à vue exécutées pour des faits différents sans prise en compte d'une durée maximale, en l'espèce pour faux et recel puis pour infractions à la législation sur les stupéfiants et

[1036] Crim., 17 mars 2004, *Bull. crim.,* n° 69, *AJ pénal* 2004, p. 248, note J. COSTE, *J.C.P*., 2004.I.157, obs A. MARON.
[1037] Jacques BUISSON, « *Garde à vue fractionnée pour des faits différents* », *R.S.C*., 2005. 378.
[1038] Ibid.

association de malfaiteurs. Tranchant une question demeurée pendante, elle a considéré qu'en toute hypothèse, la durée totale d'une garde à vue fractionnée, subie par une même personne même pour des faits différents, ne doit pas dépasser la limite maximale prévue pour la dernière garde à vue ordonnée[1039].

Le principe de deux gardes à vue immédiatement successives avait également été admis par la Cour de cassation dans une espèce où une garde à vue en enquête préliminaire avait immédiatement succédé, pour des faits distincts, à une garde à vue sur commission rogatoire[1040].

Néanmoins, la Chambre criminelle paraît avoir récemment affiné sa jurisprudence. Elle a admis que des gardes à vue exécutées pour des faits différents peuvent dépasser la durée maximale de garde à vue légalement prévue, dès lors qu'elles l'ont été à des moments éloignés les uns des autres, de manière discontinue. Plus précisément, si les gardes à vue sont séparées par un petit laps de temps, donc non successives, la Cour de cassation continue d'affirmer qu'il n'y a pas de cumul concevable ; ainsi, la durée maximale peut être dépassée[1041].

La Cour de cassation semble donc distinguer, pour apprécier la faculté de dépasser la durée maximale autorisée de garde à vue par cumul de détentions pour des faits différents, selon que ces gardes à vue ont été, ou non, exécutées de manière continue. Dans cette perspective, une même personne ne saurait prétendre à ne pas être détenue au-delà de ladite durée maximale, dès lors que les fractions de gardes à vue par elle subies l'ont été à des temps différents et pour des faits distincts[1042].

En tout état de cause, la phase d'audition ne durera qu'un temps déterminé, puisque le législateur a pris le soin de fixer un terme à la garde à vue[1043].

[1039] Jacques BUISSON, « *Garde à vue fractionnée pour des faits différents* », *art. préc.*, p. 379.
[1040] Crim., 31 octobre 2006, n° 06-86.123, *Juris-Data* n° 2006-036126.
[1041] Crim., 2 septembre 2004, *Bull. crim.*, n° 196, *Dr. pénal* 2004, comm. 96, obs. A. MARON, *Procédures* 2004, comm. 136, obs. J. BUISSON, *R.S.C.*, 2005.378, obs. J. BUISSON, *D.*, 2005.687, obs. J. PRADEL.
[1042] Jacques BUISSON, « *Garde à vue fractionnée pour des faits différents* », *art. préc.*, p. 380.
[1043] Haritini MATSOPOULOU *Les enquêtes de police*, op. cit., p. 630.

&III. L'ISSUE DE LA GARDE A VUE

Les articles 63 et 77 du Code de procédure pénale précisent qu'à l'issue de la garde à vue, les personne à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, sur instruction du procureur de la République, soit remises en liberté, soit présentées devant lui, pour qu'il décide alors de la suite à donner.

En cas de présentation au parquet, celui-ci peut saisir le juge d'instruction d'un réquisitoire introductif s'il estime que l'affaire n'est pas encore en état d'être jugée. Lorsqu'il ne souhaite pas ouvrir une information, il traduit le suspect devant une juridiction de jugement. Dans ce dernier cas, deux modes de poursuite sont envisageables : la convocation par procès-verbal ou sa comparution immédiate. Après avoir notifié au suspect les faits qui lui sont reprochés, les textes qui les répriment et les peines qu'il encourt, le procureur peut inviter le suspect à comparaître devant le tribunal dans un délai qui ne peut être inferieur à dix jours, ni supérieur a deux mois. Les, lieu, date et heure de l'audience sont mentionnés dans un procès-verbal dont copie est remise au prévenu.

Pourtant, l'arrivée au terme du délai de la garde à vue pose le problème du temps de conduite du gardé à vue devant le magistrat compétent. Le déferrement fait-il partie de la garde à vue ? La question est discutée en doctrine. En réalité, il faut distinguer.
Si la garde à vue est en cours et si l'officier de police judiciaire désire une prolongation, le temps de conduite de l'intéressé auprès du magistrat et le temps pour celui-ci de lire le dossier s'imputent sur le délai de la garde à vue ; en effet, la présentation du garde à vue doit avoir lieu avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, ce qui oblige l'officier de police judiciaire à arrêter l'interrogatoire avant l'expiration du délai[1044]. Or, si la garde à vue et l'enquête sont terminées, commence le temps du déferrement qui n'est pas compris dans le temps de garde à vue. La présentation au parquet a lieu à l'issue de la garde à vue. Par conséquent, le temps de déferrement n'est pas inclus dans le délai de garde à vue[1045].

La Cour de cassation considérait dans un premier temps, qu'au-delà du délai légal de la garde à vue, la personne suspectée pouvait être retenue le temps strictement nécessaire au

[1044] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 506.
[1045] Ibid.

déferrement devant le magistrat, sans que cela ne constitue une détention arbitraire dès lors, d'une part, que la garde à vue n'avait pas été prolongée au-delà de la durée légale et que, d'autre part, à l'issue de cette mesure, elle avait été mise à la disposition du magistrat, peu important qu'elle n'ait pas pu être immédiatement présentée à celui-ci[1046]. Dans un second temps, elle a exigé des juges du fond qu'ils indiquent les circonstances de nature à justifier qu'un délai d'une vingtaine d'heures ait séparé la fin de la garde à vue de la présentation de l'intéressé au magistrat[1047]. Cette solution pouvait conduire à des situations choquantes, car le temps entre la fin de la garde à vue et le moment de la présentation à un magistrat pouvait durer longtemps, voire plus de vingt-quatre heures. Une intervention législative s'imposait donc. La loi du 9 mars 2004 est venue consacrer ce délai de déferrement, tout en précisant ses modalités d'application. Selon l'article 803-2 du Code de procédure pénale, la personne qui fait l'objet d'un déferrement, à l'issue de sa garde à vue, à la demande du procureur de la République, doit comparaître le jour même devant ce magistrat. Le déferrement dans la journée s'applique aussi lorsque la personne a été placée en garde à vue sur commission rogatoire ou si elle est conduite devant le magistrat en exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt.

Le législateur a réservé la possibilité de déroger à l'obligation qu'il a instituée de présentation dans la journée de la personne déférée devant un magistrat. L'article 803-3 introduit dans le Code de procédure pénale par la loi PERBEN II énonce qu'en cas de nécessité, la personne peut être présentée au magistrat le jour suivant ; elle est alors retenue dans des locaux de la juridiction spécialement aménagés, mais il faut que la comparution intervienne au plus tard dans un délai de vingt-quatre heures à compter de la fin de la garde à vue, à défaut de quoi, l'intéressé est immédiatement remis en liberté[1048]. La chambre criminelle a précisé que le point de départ de ce délai de vingt heures était la levée effective de la garde à vue et non l'heure à laquelle le magistrat chargé du contrôle de cette mesure avait décidé d'y mettre fin[1049]. Pendant le délai de rétention au dépôt, l'intéressé bénéficie d'une partie des droits reconnus à la personne gardée à vue. Il a la possibilité de s'alimenter

[1046] Crim., 9 février 2000, *Bull. crim.*, n° 64, *Dr. pénal* 2000, comm. 95, obs. A. MARON, *J.C.P.*, 2000.I.235, obs. A. MARON ; 21 janvier 2003, *D.*, 2003.1521, note D. REBUT.
[1047] Crim., 16 septembre 2003, *Bull. crim.*, n° 160 ; 25 novembre 2003, *Bull. crim.*, n° 211, *Procédures 2*004, comm. 60.
[1048] Crim., 6 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 321 ; 14 février 2006, n° 05.86.058, *AJ pénal* 2006, p. 176, note GIRAULT.
[1049] Crim., 26 octobre 2004, *Bull. crim.*, n° 255.

et, à sa demande, de faire prévenir par téléphone un proche, d'être examiné par un médecin et de s'entretenir à tout moment avec un avocat désigné par lui ou commis d'office à sa demande. Un registre spécial tenu au Palais de justice indique l'identité de la personne retenue, son heure d'arrivée et de conduite devant le magistrat. Pourtant, les dispositions de l'article 803-3 ne sont pas applicables lorsque la personne a fait l'objet, en application des dispositions de l'article 706-88, d'une garde à vue ayant duré plus de soixante-douze heures.

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme apporte des garanties contre la privation de liberté. Celle-ci doit être justifiée et aussi brève que possible. La Cour européenne a conclu à la violation par la France de l'article 5, § 1 de la Convention envers un ressortissant français arrêté en 2002 lors d'une perquisition à son domicile, et placé en garde à vue en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, dans le cadre d'une enquête pour escroquerie. L'intéressé s'est plaint d'avoir été gardé à vue au delà du délai légal de vingt-quatre heures renouvelable et d'avoir dû attendre cinquante-trois heures avant d'être entendu par le juge d'instruction. La Cour a noté que la durée de la garde à vue n'avait pas excédé le délai légal maximal de quarante-huit heures, mais que le requérant ne fut pas été remis en liberté à l'issue de sa garde à vue car il a dû rester quinze heures dans des locaux spécialement aménagés à cet effet au tribunal dans l'attente de sa comparution devant le juge d'instruction. Aucun texte du droit français ne réglementant en 2002 la détention d'une personne entre le moment de la fin de sa garde à vue et celui de sa présentation devant le juge d'instruction. La Cour de Strasbourg a ainsi jugé que la privation de liberté subie n'avait pas de base légale en droit interne ce qui constituait une infraction à l'article 5, § 1 c de la Convention européenne[1050].

En conséquence, contraire à la présomption d'innocence, mais justifiée par les nécessités de l'enquête, la garde à vue est renfermée par le Code de procédure pénale dans de strictes limites. Aussi bien, compte tenu des atteintes à la liberté qu'entraîne une telle procédure, elle est entourée d'un certain nombre de garanties et soumise au contrôle de l'autorité judiciaire. Ces garanties vont faire l'objet du développement du chapitre suivant.

[1050] CEDH, 20 novembre 2008, *Maire d'Eglise c/ France*, requête n° 20335/04.

CHAPITRE II
LES GARANTIES ENTOURANT LA GARDE A VUE

La garde à vue est la mesure la plus contraignante durant l'enquête, puisqu'elle constitue une privation de liberté qui peut s'étendre sur plusieurs jours. Ordonnée par un officier de police judiciaire qui en assure la responsabilité, elle est placée sous le contrôle permanent de l'autorité judiciaire, et entourée de garanties particulières.

Cette procédure, du fait des atteintes qu'elle porte aux libertés individuelles, est une matière en perpétuelle évolution, pour laquelle le législateur n'a pas été avare de réformes. En effet, l'arsenal des garanties accordées à la personne qui en fait l'objet a été accru par la loi du 4 janvier 1993. Le régime issu de cette loi a été remanié à plusieurs reprises, d'abord par la loi du 24 août 1993 et ensuite par celle du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence qui a accordée de nouveaux droits aux gardés à vue et renforcé certains droits existants. Cette dernière loi a été complétée par la loi du 4 mars 2002. La loi du 9 septembre 2002 dite d'orientation et de programmation pour la justice a réformé le régime de la garde à vue des mineurs tel que fixé par l'ordonnance du 2 février 1945. Les dispositions régissant à la garde à vue ont enfin été refondues par les lois du 9 mars 2004 et du 5 mars 2007.

Les conditions dans lesquelles se déroulent les gardes à vue doivent être satisfaisantes en termes de respect de la dignité des personnes qui font, conformément à la loi, l'objet de ces mesures. Selon la Cour de Strasbourg, cette rétention policière et les soupçons qui la justifient ne sauraient justifier la torture ni même conduire à limiter la protection de l'intégrité physique. Au-delà du droit de ne pas être brutalisé en cours d'interrogatoire, la loi a institué un certain nombre de droits au profit du citoyen gardé à vue (Section I). Par ailleurs, compte tenu de l'atteinte qu'elle porte aux principes de la liberté individuelle et de la présomption d'innocence, la garde à vue fait l'objet d'un contrôle effectif (Section II), et toute violation de ses prescriptions est sanctionnée (Section III).

SECTION I
LES DROITS DU GARDÉ A VUE

A partir du moment où l'officier de police judiciaire décide d'une mesure de garde à vue, la personne retenue sera à sa charge et sous sa surveillance. Il devra donc lui notifier ses droits (&I). Certains d'entre eux peuvent ensuite être exercés en cours de garde à vue (&II).

&I. L'INFORMATION DU GARDÉ A VUE SUR SES DROITS

La personne placée en garde à vue ne peut bénéficier de ses droits que si elle en est informée. Le contenu (A) et les modalités de cette information (B) font l'objet de règles précises détaillées à l'article 63-1 du Code de procédure pénale

A. LE CONTENU DE L'INFORMATION

La personne gardée à vue doit d'abord recevoir notification du fait qu'elle fait l'objet d'une mesure de garde à vue. Elle doit également être informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 du Code de procédure pénale, soient, respectivement faire prévenir un proche, être examiné par un médecin et s'entretenir avec un avocat, ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63 de ce Code.

Depuis le 1er janvier 2001, en application de la loi du 15 juin 2000, la personne gardée à vue doit être informée de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, ainsi que des raisons de son arrestation[1051], étant observé à cet égard que l'article préliminaire III alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que toute personne suspectée doit être informée des charges retenues contre elle. Cette exigence est l'application de l'article 5, &2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, - aux termes duquel « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons

[1051] Crim., 27 juin 2001, *Bull. crim*., n° 163.

de son arrestation et de toute accusation portée contre elle » -, que la Cour de Strasbourg a appliqué dans la phase policière de la procédure pénale[1052]. Cette notification doit porter sur la qualification juridique légale de l'infraction reprochée, et non sur le détail des faits eux-mêmes. Elle doit intervenir immédiatement, et être renouvelée chaque fois qu'est découverte une nouvelle infraction. Mais, cette information n'implique pas que soient notifiés les articles définissant ou réprimant l'infraction. Si l'enquête porte sur plusieurs infractions dont la personne gardée à vue est soupçonnée être l'auteur ou le complice, les différentes qualifications doivent être notifiées. Il est utile de noter qu'une qualification erronée ne parait pas de nature à entrainer la nullité de la garde à vue[1053], au moins de caractériser une déloyauté. Cependant, est naturellement insuffisante la seule mention suivant laquelle il existerait à l'encontre de la personne gardée à vue des raisons plausibles faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction[1054]. Enfin, la chambre criminelle n'impose pas d'aviser une personne placée en garde à vue pour certains faits, des autres infractions qui se sont relevées ultérieurement, dès lors que ces nouvelles infractions n'entraînent pas de nouveau placement en garde à vue[1055].

Pointée du doigt par la Commission Outreau, qui la jugeait insuffisamment protectrice des droits des gardés à vue, cette disposition portant sur la notification de la nature de l'infraction est isolée en Europe. Les autres pays européens prévoient que le gardé à vue doit être informé, non seulement de la nature de l'infraction, mais plus précisément des faits qui lui sont reprochés. Le Code de procédure pénale allemand dispose ainsi que lors de sa première audition, la personne qui fait l'objet d'une garde à vue doit être informée des faits reprochés et de son droit à les réfuter ou à ne pas faire de déclaration sur le fond. La Constitution espagnole impose que toute personne soit immédiatement informée des raisons de son arrestation. En Angleterre, les articles 35 et suivants du Police and Criminal Evidence Act de 1984, dit le PACE, prévoient que dans chaque commissariat est institué un officier de police ayant la responsabilité d'assurer le contrôle de la légalité des gardes à vue. Celui-ci est chargé de notifier par écrit à l'intéressé les motifs de son placement en garde à vue. A notre avis, la personne privée de liberté devrait également savoir ce qui lui est personnellement reproché et non pas seulement connaître la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête,

[1052] CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni.*
[1053] Circ. Crim., 00-13 F1, 4 décembre 2000, § 2.2.2.
[1054] Civ. 2e, 22 mai 2003, *Bull. civ*., n° 152, *Dr. pénal 2003,* comm. 104.
[1055] Civ. 2e, 5 février 2004, *Bull. civ*., n° 44, *Dr. pénal* 2004, comm. 135.

ce qui sont parfois deux choses différentes, surtout lorsque plusieurs personnes sont mises en cause. Les raisons pour lesquelles la proposition de la Commission Outreau n'a pas été suivie nous échappent.

Au cours de la garde à vue, des interrogatoires peuvent être pratiquées, mais l'intéressé peut refuser de répondre aux questions qui se posent. Cette garantie est organisée à l'article 13, &3, g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Sous l'empire de la loi du 15 juin 2000, la personne gardée à vue était directement informée de son droit de ne pas répondre aux questions posées par les enquêteurs. Sans remettre en cause ce droit, la loi du 4 mars 2002 l'avait reformulé afin qu'il ne soit pas perçu comme une incitation à se taire. Elle prévoyait que la personne placée en garde à vue serait concrètement informée de son droit « de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire ». Le droit au silence demeurait donc consacré dans une formule plus souple qui rappelle d'abord la faculté de parler[1056]. Un an plus tard, l'article 19 de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a abrogé toute obligation de notifier à la personne gardée à vue son droit de se taire. Il n'en demeure pas moins que même s'il n'a pas à être notifié, ce droit est applicable, prévu par une norme de droit interne et conventionnel. Autrement dit, le gardé à vue peut toujours se taire, en excipant de la jurisprudence européenne[1057], mais, il ignore sans doute ce droit dorénavant. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme considère que même si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable[1058].

Par ailleurs, l'information portant sur les dispositions de l'article 77-2 du Code de procédure pénale –qui, on le rappelle, accordent au gardé à vue le droit d'interroger le procureur de la République sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à la procédure à

[1056] Cette nouvelle formulation, d'ores et déjà reprise par la circulaire du 10 janvier 2002, présente l'avantage de favoriser le dialogue entre l'enquêteur et le gardé à vue et de signifier à ce dernier qu'il s'expose à des difficultés en gardant le silence, celui-ci étant de nature à se retourner contre lui. Plus précisément, une telle reformulation du droit au silence conforterait le travail des enquêteurs et pourrait même s'avérer protectrice pour les personnes gardées à vue, car il est utile qu'elles sachent que le silence peut leur porter préjudice.

[1057] Le droit au silence n'est pas absolu. La circulaire d'application de la loi du 15 juin 2000 précise que le fait que la personne gardée à vue refuse de répondre aux questions qui lui sont posées n'interdit pas aux enquêteurs de continuer à l'interroger.

[1058] CEDH, 8 février 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, & 45: *Rec.* 1996-I, n° 2, p. 30, *Procédures* 1996, comm. 194, obs. J. BUISSON; CEDH, 17 décembre 1996, *R.S.C.*, 1997.476.

l'expiration d'un délai de six mois à compter de la fin de la garde à vue- est repoussée du début de la garde à vue à la fin de celle-ci. En effet, la loi du 15 juin 2000, soucieuse d'une bonne information des justiciables, prévoyait une notification dès le placement en garde à vue. Sans remettre en cause l'information du gardé à vue sur ces dispositions, la loi du 4 mars 2002 a choisi de les différer en fin de garde à vue, ce qui est dans l'esprit de l'exercice effectif de ces recours qui concernent une période postérieure à la garde à vue. Désormais, les dispositions de l'article 77-2 relatives à la durée de l'enquête ne doivent être portées à la connaissance de la personne gardée à vue que si elle est remise en liberté à l'issue de la garde à vue sans qu'une décision n'ait été prise par le procureur de la République sur l'action publique[1059]. Les présentes dispositions ne sont pas applicables lorsque les faits objets de l'enquête entrent dans le champ d'application de l'article 706-73 du Code de procédure pénale[1060].

Ces précisions apportées quant au contenu de l'information, il convient de donner des indications sur les modalités de notification.

B. LES MODALITÉS DE NOTIFICATION

Toute personne placée en garde à vue doit être informée de ses droits. Ceci consiste à exiger de la police la notification écrite de ses droits (3) dans une langue qu'elle comprend (2), à un moment précis (1). Moment, langue et formes de notification, telles sont les trois questions qui vont faire l'objet des développements du présent paragraphe.

1. Le moment de la notification

La personne doit être immédiatement informée de la nature de l'infraction, des dispositions relatives à la durée de la garde à vue et de ses droits. S'agissant des droits des

[1059] Art, 63-1, al. 5 C. pr. pén.

[1060] Art. 706-105 C. pr. pén., inséré par la loi du 9 mars 2004 : « *Lorsque la personne a été placée en garde à vue et que six mois se sont passés sans qu'il y ait eu de poursuites, elle peut interroger le procureur de la république pour savoir où en est l'affaire. Si celui-ci décide de poursuivre l'enquête préliminaire et de faire entendre à nouveau la personne, il l'informe dans les deux mois suivant la réception de sa demande qu'elle peut choisir un avocat qui consultera le dossier. Si, au contraire, le parquet décide de classer l'affaire, il en informe la personne dans les deux mois* ».

articles 63-2 et 63-3 du Code de procédure pénale soient, respectivement, faire appeler un proche et être examiné par un médecin, la loi du 4 mars 2002 est venue préciser que les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication à un gardé à vue de ces droits doit avoir lieu au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue[1061]. Cette disposition vise principalement à alléger les contraintes qui pèsent sur les enquêteurs.

Mais, il est des cas où l'information est différée par rapport au début de la privation de liberté. Tel est le cas lorsque la personne est interpellée sur la voie publique. La notification des droits ne pouvant pas y être matériellement réalisée, la chambre criminelle admet que l'information réalisée dès l'arrivée du gardé à vue dans les locaux du service interpellateur n'enfreint pas les dispositions de l'article 63-1 du Code de procédure pénale[1062]. L'information du gardé à vue de ses droits peut également intervenir sur les lieux d'une intervention dès qu'une décision de placement en garde à vue a été prise par un officier de police judiciaire. Ainsi, si la personne est placée en garde à vue depuis son domicile, dans le cadre d'une perquisition, c'est là que ses droits doivent lui être notifiés[1063]. Les dispositions de l'article 63-1 sont conformes à l'article 5, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que « la personne doit être informée dans le plus court délai des motifs de son interpellation ». Mais, l'immédiateté ne doit pas être interprétée de manière trop radicale. Ainsi, une notification des droits réalisée dans les minutes qui suivent l'interpellation de l'intéressé, après que celui-ci a été régulièrement avisé des motifs de son interpellation et du placement en garde à vue, satisfait aux prescriptions de l'article 63-1[1064].

Selon une jurisprudence bien établie, la chambre criminelle admet que tout retard injustifié dans la notification des droits porte nécessairement préjudice aux intérêts de la personne visée[1065], même s'il n'a été procédé à aucune audition entre le placement en garde à

[1061] Art. 63-1, dern. al. C. pr. pén.

[1062] Crim., 3 avril 1995, *Bull. crim.*, n° 140, *D.*, 1995, Somm. 145, obs. J. PRADEL, *R.S.C.*, 1995.609, obs. DINTILHAC, *D.*, 1996, Somm. 261, obs. J. PRADEL, *Dr. pénal* 1995, comm. 187, obs. A. MARON; 23 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 51, *D.*, 1999, Somm. 324, obs. J. PRADEL.

[1063] Crim., 13 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 301, *Procédures* 1999, comm. 185, obs. J. BUISSON.

[1064] Crim., 23 mars 1999, op. cit. : l'interpellation a eu lieu à 20 h 30 et la notification des droits à 21 h 15, une fois réalisée la fouille à l'arrivée dans les locaux de gendarmerie ; Crim., 27 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 246, un quart d'heure plus tard est raisonnable.

[1065] Crim., 29 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 145, *Procédures* 1998, comm. 265, obs. J. BUISSON, *Dr. pénal* 1998, comm. 123, obs. A. MARON ; 30 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 182, ; *Procédures* 1997, comm. 68, obs. J. BUISSON ; 14 décembre 1999, deux arrêts, *Bull. crim.*, n° 301 et 302, *Dr. pénal* 1999, comm. 50, *Dr. pénal*

vue et la notification des droits[1066]. Est tardive la notification des droits intervenue cinquante minutes après le placement en garde à vue[1067]. En effet, comme l'indique la Cour de cassation, un retard de cinquante minutes dans la notification des droits expliqué par les nécessités du transfert du service d'interpellation au service compétent –brigade des mineurs- est injustifié, le transfert ne constituant pas une circonstance insurmontable. De même, le délai d'une heure 25 entre l'interpellation et l'arrivée au premier service de police ne constitue pas une cause de nullité par retard dans la notification des droits dès lors que cette dernière a eu lieu dès l'arrivée au service de police[1068].

Dans tous les cas, l'information peut être retardée en cas de circonstances insurmontables. De telles circonstances sont caractérisées en cas d'encerclement d'un commissariat par des manifestants empêchant la présentation de la personne retenue à un officier de police judiciaire[1069]. Peuvent encore constituer de telles circonstances la difficulté à trouver un interprète dans une langue particulière[1070] ou encore de la nécessité, avant de faire appel à un interprète, de déterminer la nationalité de la personne placée en garde à vue et donc la langue parlée par celle-ci[1071]. La chambre criminelle a jugé en revanche que ne constituait pas une circonstance insurmontable le fait que l'interprète requis par les policiers ait déclaré ne pouvoir se présenter avant le lendemain[1072]. Par ailleurs, le fait que la personne retenue n'est pas en état de comprendre la portée des droits attachés à son placement en garde à vue, en raison notamment de sa situation de santé justifiant des soins d'urgence, justifie un retard dans la notification des droits[1073]. Certes, dans cette hypothèse, la notification n'est pas à

2000, comm. 39 ; 6 décembre 2000, *Bull. crim*., n° 367, *Dr. pénal* 2001, comm. 39, obs. A. MARON, *Procédures* 2001, comm. 115, obs. J. BUISSON ; 6 mai 2003, *Procédures* 2003, comm. 178, note J. BUISSON. Rappr. Crim., 3 décembre 1996, *Bull. crim*., n° 443 : en l'espèce, une personne qui ne comprenait pas la langue française est interpellé à 17 H 15 et placé en garde à vue à 18 H ; elle n'avait reçu notification de ses droits que le lendemain, à 9 H 15, avec l'assistance d'un interprète en langue arabe, requis la veille mais qui n'avait pu se déplacer plus tôt. La chambre criminelle a reproché aux juges du fond d'avoir validé la mesure de garde à vue, alors que la notification des droits de l'intéressé accusait un retard de plus de 15 heures et qu'il n'était invoqué aucune circonstance pouvant justifier qu'il ait été impossible, en l'espèce, de faire appel à un autre interprète que celui qui avait été requis.

[1066] Crim., 10 mai 2000, *Bull. crim*., n° 182.

[1067] Crim., 23 juin 2004, pourvoi n° 04-82638 ; 19 décembre 2007, n° 07-83.340, *Juris-Data* n° 2007-042604.

[1068] Civ. 1e, 9 janvier 2008, n° 07-13.665, *Juris-Data* n° 2008-042203.

[1069] Crim., 10 avril 1996, n° 002064, *Procédures* 1996, comm. 229, obs. J. BUISSON.

[1070] Crim., 26 mai 1999, *Bull. crim*., n° 105, lorsque l'interprète requis n'a pu se trouver disponible pour assurer la notification immédiate des droits, les enquêteurs devront justifier de diligences démontrant qu'il était impossible de faire appel à un autre interprète.

[1071] Civ. 2e, 4 juillet 2002, *Bull. crim*., n° 154, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation est à nouveau moins exigeante, la notification devant intervenir dans « un délai raisonnable ».

[1072] Crim., 3 décembre 1996, op. cit.

[1073] Crim., 17 mai 2000, n° 00-81.149, Andréani.

strictement parler impossible, mais entre les risques pour la vie ou, du moins, pour la santé de la personne et l'impératif de notification, la chambre criminelle fait heureusement prévaloir l'impératif de santé[1074].

Constitue en outre une circonstance insurmontable de nature à justifier une notification tardive des droits l'état d'ébriété de l'intéressé l'empêchant de comprendre la portée des droits qui auraient pu lui être notifiés et de les exercer utilement. D'ailleurs, la chambre criminelle a jugé que l'état d'ébriété de la personne, s'il est dûment constaté dans le procès-verbal[1075], justifie que l'officier de police judiciaire doit retarder le moment de l'avertissement jusqu'au dégrisement de l'intéressé[1076]. Ainsi, l'officier de police judiciaire doit prendre soin, lorsque l'état d'ébriété a été constaté au moment de l'interpellation, de ne notifier à la personne concernée ses droits que lorsqu'elle sera en état de répondre à ses interpellations. Les droits étant notifiés à la personne se trouvant en état d'ébriété oralement, l'officier de police judiciaire peut valablement lui notifier de nouveau lorsqu'elle a recouvré ses esprits[1077].
Ainsi, la notification doit être réalisée immédiatement sous réserve de la théorie des « circonstances insurmontables ». Mais, dans quelle langue cette notification doit être communiquée au gardé à vue ?

2. La langue de la notification

La personne gardée à vue doit être informée de ses droits dans une langue qu'elle comprend[1078]. Cette langue n'est pas nécessairement la langue d'origine, mais toute langue « parlée, comprise et acceptée par l'intéressé »[1079] ; un interprète étant au besoin spécialement convoqué. Le recours à un interprète dans une autre langue que la langue d'origine, pourvu qu'elle soit acceptée et comprise par l'intéressé, satisfait aux prescriptions légales[1080]. De

[1074] Civ. 1e, 19 juin 2007, n° 06-19.153, *Dr. pénal* 2007, comm. 122, note A. MARON.
[1075] Crim., 11 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 7.
[1076] Crim., 4 janvier 1996, *Bull. crim.*, n° 5, *Procédures* 1996, comm. 152, obs. J. BUISSON, *D.*, 1996, Somm. 261, obs. J. PRADEL. En l'espèce, l'intéressé, interpellé pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique, avait été entendu, après dégrisement, sans avoir au préalable reçu notification des droits attachés au placement en garde à vue ; Crim., 9 septembre 1998, *Dr. pénal* 1999, comm. 16, obs. A. MARON ; 4 janvier 2005, op. cit. ; Crim., 18 octobre 2000, *Dr. pénal* 2001, chron. 23, obs. MARSAT ; 19 décembre 2007, n° 07-81.740, *Juris-Data* n° 2007-042606.
[1077] Crim., 15 janvier 2003, n° 02-81.849, *Berhault*, inedit.
[1078] Art. 5, &2 Conv. EDH.
[1079] Crim., 22 octobre 2002, *Bull. crim.*, n° 191.
[1080] Civ. 2e, 11 janvier 2001, *Bull. civ.*, II, n° 3.

même, la notification des droits en langue française à une personne qui, résidant en France depuis plus de dix années, a préalablement déclaré comprendre la langue française et été entendue en français, est valable, quand bien même elle aurait été par la suite assistée par un interprète, eu égard aux difficultés nées de ses réticences[1081]. Aussi, ne peut-on reprocher quoi que ce soit aux policiers qui avaient d'abord fait venir un interprète japonais parce que le gardé à vue avait un passeport japonais mais, comme il ne parlait pas cette langue en réalité, avaient ensuite dû rechercher sa véritable nationalité, qui s'était avéré été chinoise[1082].

La juridiction ne saurait annuler la procédure sans rechercher si la personne n'avait pas une connaissance suffisante de la langue française, ni analyser à cette fin les pièces du dossier, notamment les procès-verbaux mentionnant que l'intéressé, malgré des difficultés d'expression, comprenait la langue française et avait été à même de donner des détails aux policiers que ceux-ci ne pouvaient connaître que par lui[1083].

La notification des droits dans la langue que la personne gardée à vue comprend n'est soumise à aucun formalisme particulier. La Cour de cassation décide notamment qu'il n'est pas nécessaire de recourir à un interprète assermenté[1084]. Depuis la loi du 9 mars 2004, la notification des droits dans une langue comprise par la personne gardée à vue peut être réalisée au moyen d'un formulaire écrit[1085].

La loi du 15 juin 2000 a ajouté à l'article 63-1 du Code de procédure pénale un alinéa 4 aux termes duquel, si la personne retenue est atteinte de surdité et qu'elle ne sait ni lire ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec des sourds. Il peut également être recouru à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité. En toute hypothèse, le dispositif des garanties du gardé à vue consiste dans des mentions des notifications sur le procès-verbal d'audition.

[1081] Crim., 11 février 1998, *Procédures* 1998, comm. 206, obs. J. BUISSON.
[1082] Civ. 2e, 2 juillet 2002, *Bull. civ*., II, n° 154 ; Civ. 1e, 10 mai 2006, n° 04.50-171, *AJ pénal* 2006, comm. 414, note GACON.
[1083] Civ. 2e, 10 octobre 2002, *Bull. civ*. II, n° 215.
[1084] Crim., 26 mai 1999, op. cit.
[1085] Art. 63-1, al. 3 C. pr. pén.

3. Les formes de la notification

Au sens de l'article 63-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale, la notification des droits fait l'objet d'un procès-verbal. Celui-ci doit en principe être rédigé sur-le-champ.
Néanmoins, les nécessités de la pratique ont conduit la jurisprudence à admettre la validité d'une notification verbale sur les lieux de l'exécution de l'acte, lors d'une interpellation dans la rue ou au cours d'une perquisition au domicile par exemple, sous réserve que cette notification soit la seule possible en raison des investigations, en pratique lorsque la décision de placement en garde à vue est décidée en dehors d'un local de police, que les droits soient effectivement énoncés à l'intéressé et que la notification écrite intervienne dès qu'elle sera pratiquement possible[1086], dès qu'ont cessées les circonstances qui ont empêché une telle notification, le plus souvent dès le retour au service. Ainsi, la notification des droits à la personne en garde à vue peut être faite verbalement par tout moyen[1087]. La rédaction du procès-verbal peut n'intervenir qu'ultérieurement[1088].

Dans un arrêt du 21 mars 2000[1089], la Chambre criminelle, sur un moyen relevé d'office, a censuré la Chambre d'accusation qui, pour annuler le procès-verbal de notification de la garde à vue et certains actes subséquents, avait énoncé que « si l'interpellation de X...avait été régulière dans la mesure où celui-ci avait été avisé immédiatement des droits attachés à la garde à vue, le fait que cette notification n'ait été consignée par procès-verbal que sept heures plus tard constituait un retard injustifié ayant causé une atteinte nécessaire à ses intérêts ». La Chambre criminelle a rappelé que « si les procès-verbaux doivent, en vertu des dispositions combinées des articles 63-1, 64 et 66 du Code de procédure pénale, être rédigés sur-le-champ, la consignation par procès-verbal postérieur au placement en garde à vue, de l'accomplissement des formalités attachées à l'exécution de cette mesure, n'a pas pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, dès lors que celle-ci a été immédiatement avisée de ses droits ». Telles étant les conditions de la notification des droits, il est utile de déterminer l'exercice de ces droits par le gardé à vue.

[1086] Crim., 12 février 1997, *Massey* : *Juris-Data* n° 0013411 ; 18 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 200, *Procédures* 1999, comm. 15, obs. J. BUISSON ; 13 janvier 1999, *Procédures* 1999, comm. 185, obs. J. BUISSON ; 14 décembre 1999, *Abitbol*.
[1087] Circ. Crim. 00-13 F1, 4 décembre 2000, § 2.1.
[1088] Crim., 13 avril 1999, *J.C.P.*, 2000.I.235, obs. A. MARON.
[1089] Crim., 21 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 127.

&II. L’EXERCICE DES DROITS PAR LE GARDÉ A VUE

La personne gardée à vue peut faire prévenir, par téléphone, un proche (A), se faire examiner par un médecin (B) et demander à s'entretenir avec un avocat (C). L’exercice de ses droits par le gardé à vue ne suspend pas les opérations d’enquête.

A. L’AVERTISSEMENT D’UN PROCHE

On distinguera les règles applicables aux majeurs (1) et celles qui sont propres aux mineurs (2).

1. Le régime applicable aux majeurs

L’article 63-2, introduit par la loi du 4 janvier 1993, autorise la personne gardée à vue à faire prévenir par téléphone un membre de sa famille de la mesure dont elle est l'objet. La loi du 24 août 1993 a précisé qu’un membre de la famille était la personne avec laquelle elle vit habituellement, ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs ou son employeur. La liste des personnes est limitative et le secret de l’enquête parait s’opposer à l’information d’autres personnes.

La communication doit avoir pour unique objet d’informer, par l’intermédiaire d’un seul de ses membres, la famille du gardé à vue sur la situation dans laquelle se trouve ce dernier. L’absence d’avis à la famille, dès lors que celle-ci était avertie du placement en garde à vue, n’a pas d’incidence préjudiciable dont pourrait se prévaloir l’intéressé[1090]. Aucune conversation directe avec les proches n’est donc autorisée et ce, dans le souci d’éviter que la personne gardée à vue ne tente d’entrer en contact avec d’éventuelles complices.

Sous l’empire de la loi du 15 juin 2000, l’avis à la famille devait intervenir sans délai. Il en résulte que si la personne gardée à vue demande à aviser un des ses proches, cet avis doit être effectué aussitôt, autant que possible dans l'heure qui suit la demande de l'intéressé[1091].

[1090] Crim., 10 mai 1995, n° 95-81.057, *Franceschi.*
[1091] Circulaire du 4 décembre 2000, précité, § 1.2.2.3. Il n'est plus possible, comme le préconisait la circulaire d'application de la loi du 4 janvier 1993, de différer cet avis dans le temps afin de concilier l'exercice de ce droit avec les nécessités de l'enquête, ce qui permettait par exemple de retarder cet avis au moment d'une perquisition

Depuis la loi du 4 mars 2002, l'avertissement du proche doit intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue, sauf circonstances insurmontables. Cette condition a été interprétée strictement par la première chambre civile car il s'agissait de la contestation d'une garde à vue précédant un placement en rétention pour étrangers. Interpellée à 10h30, une dame n'avait pu faire appeler son mari qu'après 13h30. Selon la Cour, aucune circonstance insurmontable ne justifiait ce retard, d'autant que le parquet, quant à lui, avait bien été informé de la mesure[1092].

L'officier de police judiciaire doit aviser la personne qui lui a été désignée, en relatant dans un procès-verbal le jour et l'heure de cet avis ainsi que l'obstacle éventuel rencontré durant l'exécution. La personne retenue qui souhaite faire usage de ce droit doit communiquer à l'officier de police judiciaire un numéro de téléphone précis, ou à défaut tous renseignements utiles permettant d'identifier et de joindre rapidement et aisément le membre de la famille désigné lorsqu'une impossibilité pratique se présente, telle celle d'établir une communication téléphonique avec la personne désignée par le gardé à vue, il convient d'en porter mention dans la procédure.

Comme il est à craindre que l'interlocuteur ne soit un complice qui, averti, risque de fuir ou de faire disparaitre des objets compromettants[1093], l'officier de police judiciaire peut, en raison des nécessités de l'enquête, refuser de faire droit à cette demande. Dans ce cas, il en réfère sans délai au procureur de la République qui décide, s'il y a lieu, d'y faire droit ou qui décidera de la conduite à donner. Il peut autoriser l'officier de police judiciaire de ne pas aviser la famille ou de différer cet avis. Les mineurs ne sauraient toutefois être soumis aux mêmes règles que les majeurs.

2. Le régime applicable aux mineurs

L'exercice du droit de faire prévenir un proche est inapplicable à l'égard des mineurs car l'avis à la famille n'est pas laissé à sa libre discrétion. En effet, dès lors qu'un mineur de dix à treize ans est retenu de même que lorsqu'un mineur de treize ans est placé en garde à

réalisée au domicile du gardé à vue, dès lors que cet acte intervenait avant la première nuit passée dans le service par l'intéressé.

[1092] Civ. 1e, 27 mars 2007, *AJ pénal* 2007, p. 231, obs. GACON.

[1093] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Tome II*, op. cit., p. 366.

vue, l'officier de police judiciaire doit en informer les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur, sauf décision contraire du procureur de la République, du juge d'instruction ou du juge des enfants, et pour la durée que le magistrat détermine et qui ne peut excéder vingt-quatre heures ou lorsque la garde à vue ne peut faire l'objet d'une prolongation, douze heures.

La présence au domicile, lors de la perquisition effectuée avec le mineur, d'une personne autre que celles limitativement énumérées, belle-mère par exemple, ne supplée pas l'information requise par la loi[1094].

Il est à noter qu'en matière de criminalité organisée, s'il n'a pas été fait droit à la demande de la personne gardée à vue de faire prévenir, par téléphone, une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs ou son employeur, de la mesure dont elle est l'objet, elle peut réitérer cette demande à compter de la quatre-vingt-seizième heure.
L'avertissement d'un proche peut permettre à celui-ci de solliciter un examen médical pour le gardé à vue, si ce dernier ne le fait pas.

B. LE DROIT D'ETRE EXAMINÉ PAR UN MÉDECIN

L'examen médical est une garantie de la protection de la dignité de la personne humaine notamment au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Il constitue une mesure dissuasive contre les éventuelles brutalités policières[1095].

Le droit d'être examiné par un médecin est visé à l'article 63-3 du Code de procédure pénale (1). Mais, face à cette procédure de droit commun, le législateur a prévu quelques règles dérogatoires (2).

[1094] Crim., 20 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 386.
[1095] Etienne VERGES, *Procédure pénale*, op. cit., p. 176.

1. Le régime général

Il importe de déterminer, tout d'abord, qui peut demander un examen médical (a), puis de préciser comment cet examen est mis en œuvre (b).

a. La réquisition de l'examen médical

Dès 1959, le Code de procédure pénale avait prévu la possibilité de demander un examen médical de la personne gardée à vue. Pendant la première période de la mesure, cet examen n'avait lieu, que si le procureur de la République le décidait, d'office ou à la demande d'un membre de la famille de l'intéressé. En cas de prolongation, la personne retenue peut demander à être examinée une seconde fois. Il ne saurait cependant exiger plusieurs examens médicaux par période de vingt-quatre heures. Depuis la loi du 4 janvier 1993, la personne gardée à vue peut demander, dès le début de la mesure, à être examinée par un médecin. La désignation du médecin doit intervenir dans un délai de trois heures à compter du début de la garde à vue. En cas de prolongation, la personne gardée à vue pourra réitérer sa demande[1096]. Si elle ne formule pas une telle demande, le procureur de la république ou l'officier de police judiciaire peut décider à tout moment d'en désigner un d'office. En l'absence de tout examen ordonné, une demande peut être formulée par un membre de la famille du gardé à vue et, en ce cas, l'examen est de droit.

L'examen médical est requis d'office par l'officier de police judiciaire ou le procureur de la République dans le cas où la personne fait état d'une souffrance physique ou lorsqu'elle présente des troubles mentaux caractérisés ou encore lorsqu'elle porte des blessures ou des traces de coups ou de violences. Cependant, dans le cas où l'examen médical requis par l'officier de police judiciaire n'a pas été réalisé, aucune atteinte n'a été portée aux intérêts de l'intéressé, dès lors qu'il a manifesté une opposition à ce qu'il soit procédé à cet examen[1097].

Par ailleurs, après l'article 63-4 du Code de procédure pénale, la loi du 15 juin 2000 a inséré un nouvel article 63-5 relative aux investigations corporelles internes. Ainsi, lorsqu'il est indispensable pour les nécessités de l'enquête de procéder à des investigations corporelles

[1096] Art. 63-3 C. pr. pén.
[1097] Crim., 25 février 2003, *Bull. crim.*, n° 50, *R.S.C.*, 2004.421.

internes sur une personne gardée à vue, celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet. Une telle exigence va de soi en raison du principe du respect de la dignité de la personne humaine dans l'administration de la preuve. Bien qu'il s'agisse d'une mesure de contrainte, normalement soumise aux principes de nécessité et de proportionnalité, la loi éprouve le besoin de préciser que de telles investigations doivent être indispensables pour les nécessités de l'enquête.

La réquisition de l'examen médical étant développé, il est alors nécessaire de déterminer comment cet examen peut être mis en œuvre.

b. La mise en œuvre de l'examen médical

La loi du 4 janvier 1993 disposait que le médecin n'était plus choisi par l'officier de police judiciaire mais par la personne qui en fait la demande sur une liste établie par le procureur de la République. Cette liste a été supprimée par la loi du 24 août 1993. Dorénavant, le médecin est choisi par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire.

En règle générale et sauf instructions contraires du procureur de la République ou le cas de nécessité médicale, il est procédé à l'examen médical dans les locaux du commissariat ou de la brigade. Le médecin examine sans délai la personne gardée à vue et établit un certificat médical. Le certificat médical par lequel il doit notamment se prononcer sur l'aptitude au maintien en garde à vue, est versé au dossier de l'enquête[1098]. Tout certificat qui conclut l'incompatibilité de l'état de santé de l'intéressé avec son maintien en garde à vue entraîne sa mise en liberté, sur décision du procureur de la République auquel l'officier de police judiciaire aura immédiatement rendu compte. Ce dernier peut poursuivre son audition dans l'attente de l'arrivée du médecin ; la demande d'examen ne saurait en effet conduire à suspendre les investigations.

Le médecin commet une faute caractérisée exposant la personne gardée à vue à un risque d'une particulière gravité si, diagnostiquant une affection susceptible de dégénérer en

[1098] Sur l'hospitalisation éventuelle de l'intéressé et le décompte du délai de garde à vue, V. Crim., 13 octobre 1998, op. cit.

crise sévère telle l'asthme, il omet de laisser aux policiers de consignes relatives aux mesures à prendre en cas de survenance de crise et procéder à un nouvel examen médical à l'occasion de son passage de nuit dans les locaux de commissariat[1099]. La violation des prescriptions relatives à l'examen médical suppose, pour entrainer annulation de la garde à vue, que soit démontrée une atteinte aux droits de la personne concernée[1100]. Mais, à côté de ces règles qui constituent le droit commun, la loi comporte des dérogations.

2. Les règles particulières

Face au régime de droit commun, des dispositions spécifiques sont prévues à l'égard des mineurs (a) et en matière de criminalité organisée (b).

a. Cas des mineurs

Dès le début de la garde à vue, un mineur de seize ans doit être examiné par un médecin désigné par le procureur de la République ou le juge d'instruction. Ce médecin intervient dans des conditions de droit commun de l'article 63-3 du Code de procédure pénale. Quant au mineur de plus de seize ans, dans le silence de l'article 4 de l'ordonnance de 1945, le droit à l'examen médical obéit aux mêmes dispositions que celles des majeurs.

b. Régime d'exception en matière de criminalité organisée

L'article 706-88, alinéa 4 du Code de procédure pénale prévoit que lorsque la première prolongation est décidée, la personne gardée à vue est examinée par un médecin désigné par le procureur de la République, l'officier de police judiciaire ou le juge d'instruction en cas d'une enquête sur commission rogatoire. Ce médecin délivre un certificat médical versé au dossier, par lequel il doit notamment se prononcer sur l'aptitude au maintien en garde à vue. L'intéressé est alors avisé par l'officier de police judiciaire du droit de demander un nouvel examen médical. Ces examens médicaux sont de droit. Mention de cet avis est portée au procès-verbal et émargée par la personne intéressée ; en cas de refus d'émargement, il en est fait mention.

[1099] Crim., 4 février 2003, n° 02-81.720, Perol, inedit.
[1100] Crim., 25 février 2003, op. cit.

En cas de prolongation supplémentaire telle que prévue par la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, un examen médical peut être effectué à l'initiative de la personne gardée à vue, dès le début de chacune des deux prolongations supplémentaires. En outre, l'intéressé est obligatoirement examiné par un médecin, désigné par le procureur de la République, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire, qui devra se prononcer sur la culpabilité de la prolongation de la mesure avec l'état de santé de l'intéressé[1101].

En définitive, la garde à vue comprenant une rétention sous le seul regard de la police, laquelle est anxieuse d'obtenir des aveux, il est normal que des inquiétudes puissent naître quant à l'intégrité physique des intéressés : ils peuvent être en mauvaise santé et nécessiter des soins ; il faut éviter qu'ils ne soient questionnés jusqu'à épuisement. Les rédacteurs du Code de procédure pénale ont ainsi prévu un contrôle de la garde à vue par un médecin. Mais, en dehors de ce contrôle, un autre contrôle sur la mise en œuvre de l'atteinte à la liberté ainsi réalisée peut intervenir : celui assuré par l'avocat. C'est l'un des acquis les plus emblématiques de la loi du 4 janvier 1993.

C. LE DROIT A UN ENTRETIEN AVEC UN AVOCAT

La consultation d'un avocat au cours de la garde à vue est l'innovation la plus considérable de la réforme de la procédure pénale concernant la garde à vue qui était, pour les officiers de police judiciaire, particulièrement crainte comme étant susceptible de mettre en péril le déroulement ultérieur de la procédure[1102].

Le droit de s'entretien avec un avocat a un régime complexe qui nécessite d'étudier successivement le moment de l'intervention d'un avocat (1), les formes d'une telle intervention (2) et les conditions dans lesquelles cet entretien doit être assuré (3).

1. Le moment de l'entretien

A quel moment l'intéressé peut demander à s'entretenir avec un avocat ? Le moment de l'intervention a donné lieu à des hésitations lors des travaux préparatoires des deux lois de

[1101] Art. 706-88, al. 9 C. pr. pén.
[1102] Jean-Marie HUET, *La procédure pénale, bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, 1995, p. 25.

1993. Les solutions dégagées alors par le législateur ont été en partie modifiées par les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004, et aujourd'hui, il existe deux régimes[1103] : un régime de droit commun (a) et un régime dérogatoire en matière de criminalité organisée (b).

a. Le régime de droit commun

Jusqu'en 1993, l'avocat était écarté de l'enquête policière ; sa présence n'étant possible que dans la phase judiciaire du procès pénal. Le système issu de la loi du 24 août 1993 a prévu l'intervention de l'avocat, pour un majeur ou un mineur âgé de seize à dix-huit ans, à partir de la vingtième heure de garde à vue et, pour un mineur de moins de seize ans, dès le début de la mesure. La loi du 15 juin 2000 est venue unifier la réglementation. En sa rédaction nouvelle, l'article 63-4 du Code de procédure pénale prévoit la présence d'un membre du barreau pour toute personne dès le début de la garde à vue, puis à la vingtième heure et, en cas de prolongation de la mesure, à la trente-sixième heure, soit à l'issue de la douzième heure de cette prolongation.

La loi du 9 mars 2004 a modifié les dispositions relatives à l'intervention de l'avocat en garde à vue afin de renforcer la cohérence des règles concernant les gardes à vue de droit commun[1104]. Depuis le 1er octobre 2004, la possibilité de s'entretenir avec un avocat à l'issue de la vingtième heure de garde à vue a disparu. L'article 85 de la loi Perben II a également modifié le sixième alinéa de l'article 63-4 pour substituer à l'intervention de l'avocat, en cas de prolongation, à la trente-sixième heure de la garde à vue, une unique deuxième intervention au moment de la prolongation. Désormais, le gardé à vue a le droit de demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure et, en cas de prolongation, dès le début de cette prolongation et non pas à l'issue de la douzième heure.

Ainsi, l'officier de police judiciaire doit, lors de la notification de la prolongation de la garde à vue, informer la personne concernée de son droit à un autre entretien. En pratique, ce droit sera à nouveau notifié en même temps que la prolongation accordée. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui

[1103] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 509.
[1104] Circulaire NOR JUS-D-04-30184C du 21 septembre 2004, présentant les dispositions générales de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1er octobre 2004, § 1.1.

en soit commis un d'office par le bâtonnier. L'avocat est choisi par la personne gardée à vue ou, à défaut, désignée par le bâtonnier, qui est avisé de la demande par tous moyens et sans délai. Cette modification améliore les droits de la défense en permettant à l'avocat, en cas de prolongation, d'être présent dès le début de la deuxième période de la garde à vue et renforce la cohérence du dispositif en instituant un parallélisme entre le début et le renouvellement de la mesure[1105]. Ces règles sont applicables aux gardes à vue intervenant tant en enquête de flagrance qu'en enquête préliminaire ou dans le cadre d'une commission rogatoire.

Ces dispositions concernent également la garde à vue des mineurs âgés d'au moins treize ans. En effet, ces derniers doivent être immédiatement informés de leur droit de s'entretenir avec un avocat dès le début de la garde à vue et, le cas échéant, dès le début de la prolongation[1106]. Rappelons que la prolongation de la garde à vue n'est possible, pour les mineurs de treize à seize ans, que si la peine encourue est d'au moins cinq ans d'emprisonnement. L'avocat peut donc intervenir pour s'entretenir avec un gardé à vue mineur dès le début de la mesure et, en cas de prolongation, dès le début de cette prolongation, c'est-à-dire à l'issue de la vingt-quatrième heure. Lorsque le mineur ou ses représentants légaux n'ont pas désigné d'avocat, le procureur de la République, le juge chargé de l'instruction ou l'officier de police judiciaire doit, dès le début de la garde à vue, informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il commette un avocat d'office[1107]. La circulaire du 21 septembre 2004 précise que « s'agissant de la retenue des mineurs de dix à treize ans, il convient de considérer, sous réserve de la jurisprudence à venir de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qu'il résulte de la combinaison des dispositions du I de l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 et de l'article 64-1 du Code de procédure pénale que si cette mesure fait l'objet d'une prolongation à l'issue du délai de douze heures, le mineur pourra demander à s'entretenir une deuxième fois avec un avocat : en l'absence de demande du mineur, les enquêteurs devront, comme c'est le cas au début de la retenue, prévenir un avocat commis d'office »[1108].

Le constat d'un accroissement du nombre de gardes à vue a donné l'idée au Comité Léger de limiter cette mesure, mais également d'augmenter les droits des gardés à vue, tout en

[1105] Ibid
[1106] Crim., 8 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 109.
[1107] Art. 4-I, ord. 1945.
[1108] Circulaire NOR JUS-D-04-30184C du 21 septembre 2004, précité, § 1.1.

allégeant la surcharge de travail des policiers. Ainsi, sous la rubrique intitulée « garantir et renforcer les droits des victimes et des mis en causes tout au long de l'enquête », les membres de la commission proposent une refonte importante de la garde à vue, tout en renforçant la présence de l'avocat durant cette période. Après un premier contact purement formel dès la première heure de la garde à vue – puisque l'avocat n'avait accès à aucune information -, un deuxième entretien est prévu avec l'avocat à la douzième heure, avec accès aux procès-verbaux des auditions, ce qui n'est actuellement pas le cas. Si la garde à vue est prolongée, la majorité du comité estime indispensable de garantir la présence de l'avocat aux auditions. Plus précisément, dans la deuxième partie de la garde à vue, soit à la vingt-quatrième heure, la plus sensible en général, celle où la pression sur le prévenu se fait la plus forte, l'avocat pourra même être présent pour toutes les auditions.

Ces dispositions ont été adoptées par l'avant-projet de nouveau Code de procédure pénale. En effet, sous couvert de renforcer le respect des droits et libertés individuelles dans la phase préparatoire du procès, il est prévu de réformer la garde à vue par une augmentation des droits du gardé à vue. L'article 327-17 prévoit qu' « à la douzième heure de la garde à vue, la personne peut à nouveau demander de s'entretenir avec un avocat. La copie des procès-verbaux d'auditions de la personne gardée à vue qui ont déjà été réalisées est communiquée à sa demande à l'avocat. Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation[1109], la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation ». Le texte prévoit l'application de ces règles aux seules infractions de droit commun. Des dispositions spécifiques concernant l'heure à laquelle intervient l'avocat sont toutefois prévues en matière de criminalité et de délinquance organisées.

b. Les règles propres à la criminalité et la délinquance organisées

L'article 14 de la loi du 9 mars 2004 a modifié les dispositions finales de l'article 63-4 du Code de procédure pénale relatives aux régimes dérogatoires d'intervention de l'avocat, concernant les formes de criminalité et de délinquance organisée de l'article 706-73 de ce

[1109] Art. 327-9 de l'avant-projet : « *La prolongation de la garde à vue serait possible uniquement si la personne encourt une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an* ».

Code[1110]. Désormais, le nombre d'entretiens du gardé à vue avec un avocat varie selon l'infraction dont le gardé à vue est suspecté.

En matière de criminalité organisée, lorsqu'une prolongation est décidée au-delà de quarante-huit heures, la personne placée en garde à vue peut demander à s'entretenir avec un avocat à l'issue de la quarante-huitième heure puis de nouveau à l'issue de la soixante-douzième heure. Pour les infractions de criminalité et de délinquance organisées énumérées mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, le premier entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures ; un second entretien pouvant être demandé à l'issue de la soixante-douzième heure. Il s'agit des infractions suivantes : crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée, crimes et délits aggravés de proxénétisme, crimes de vol commis en bande organisée, crimes aggravés d'extorsion et délits d'association de malfaiteurs liée à la criminalité et à la délinquance organisées[1111]. La personne dont la garde à vue est prolongée est avisée de ce droit lorsque la ou les prolongations lui sont notifiées et mention en est portée au procès-verbal et émargée par la personne intéressée ; en cas de refus d'émargement, il en est fait mention. Cependant, lorsque l'enquête porte sur un crime ou un délit de trafic de stupéfiants prévues par les articles 222-34 à 222-40 du Code pénal ou sur un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme prévu par les articles 421-1 à 421-5 du même Code, l'avocat ne peut intervenir qu'à l'issue de la soixante-douzième heure de la garde à vue[1112]. Lorsque la garde à vue est exceptionnellement prolongée au-delà de quatre-vingt-seize heures, en application de la loi du 23 janvier 2006, le droit de s'entretenir avec un avocat est possible à l'issue de la quatre-vingt seizième heure, et de la cent-vingtième heure[1113] ; la personne gardée à vue est informée de ce droit dès la notification de la prolongation de la mesure.

Ce régime de garde à vue est applicable au mineur âgé de plus de seize ans, lorsqu'il est soupçonné d'avoir agi de concert avec un ou plusieurs majeurs, en cas de trafic de stupéfiants et d'actes de terrorisme. Il pourra, cependant, s'entretenir quatre fois avec son

[1110] Le droit commun est applicable aux infractions listées à l'art. 706-74 C. pr. pén.
[1111] Il est à noter que lorsque cette infraction ne porte pas sur la préparation de l'une des infractions visées dans l'article 706-73 du Code de procédure pénale, l'intervention de l'avocat est prévue dès le début de la mesure.
[1112] Art. 706-88, al. 6 C. pr. pén., modifié par la loi du 9 mars 2004.
[1113] Art. 706-88, al. 8 C. pr. pén.

avocat au cours d'une garde à vue de quatre-vingt-seize heures, au début de chaque période de vingt-quatre heures.

Dan son rapport remis le 1er septembre 2009, le comité Léger a considéré que, « *sous peine de rendre la justice dangereusement impuissante* »[1114] pour le traitement de la criminalité organisée, du trafic de stupéfiants et du terrorisme, les régimes spécifiques existant devaient être maintenus. La seule concession concerne les infractions en matière de trafic de stupéfiants : majoritairement, le Comité propose un régime dérogatoire unique applicable en matière de délinquance organisée et de trafic de stupéfiants. Il a estimé souhaitable l'arrivée de l'avocat, non à la soixante-douzième heure, mais à la quarante-huitième heure de garde à vue.

L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale a simplifié le régime de la garde à vue dérogatoire en matière de criminalité et de délinquance organisées. Le trafic de produits stupéfiants perd ainsi sa particularité ; dans tous les cas, l'avocat pourra intervenir à l'issue de la quarante-huitième et de la soiscante-douzième heure de garde à vue. Mais, les règles pour les personnes suspectées de terrorisme resteraient inchangées ; l'accès à un avocat pouvant être refusé jusqu'à trois jours après le placement en garde à vue, parfois suite à de longues heures d'interrogatoire. Après trois jours, ces suspects sont autorisés à s'entretenir une demi-heure avec un avocat, mais peuvent ensuite subir des interrogatoires pendant vingt-quatre heures supplémentaires, avant qu'ils n'aient le droit de revoir leur avocat.
Aussi bien, il nous faut maintenant procéder à l'examen des conditions de mise en œuvre de l'intervention de l'avocat.

2. La mise en œuvre de l'entretien

Si le gardé à vue demande à bénéficier de l'assistance d'un avocat, l'officier de police judiciaire doit informer immédiatement l'avocat choisi ou le bâtonnier, puis organiser le ou les entretiens sollicitées. Une éventuelle ambiguïté de sa part ne paraît pas pouvoir être cause de nullité, ainsi qu'il se déduit d'un arrêt du 12 mars 1997[1115]. Le bâtonnier doit être informé

[1114] Rapport de la commission Léger préc., p. 20.
[1115] Crim., 12 mars 1997, *Bull. crim*., n° 100

de la demande par tous moyens et sans délai. Il doit également justifier de ses diligences pour joindre un avocat[1116].

Mais, à quel moment ce droit devait être mis en œuvre par l'officier de police judiciaire ? En effet, il est de pratique courante, qu'une personne soit placée en garde a vue au moment de son interpellation par les forces de l'ordre, ce qui implique pour ces dernières de lui notifier immédiatement ses droits sous une forme orale, avant de procéder de nouveau par procès-verbal dès leur arrivée dans les locaux. Aussi, une première difficulté survient lorsque la personne gardée à vue formule une demande d'entretien avec un avocat, le cas échéant commis d'office, sur le chemin qui la conduit au poste de police ou a la brigade de gendarmerie. Selon la jurisprudence, le délai de trois heures pour contacter l'avocat ne commence à courir qu'à compter de la notification écrite des droits de la personne gardée à vue, lorsque celle-ci intervient à l'arrivée dans le local de police, peu après une notification verbale effectuée sur le lieu de l'interpellation.

Le droit pour la personne gardée à vue de s'entretenir avec un avocat constitue une formalité substantielle au regard des droits de la défense. Toutefois, la loi ne parle que du droit pour cette personne « de demander à s'entretenir avec un avocat », si besoin commis d'office. En effet, praticiens et auteurs se sont demandés si l'on devait obliger l'officier de police judiciaire à assurer à la personne gardée à vue la présence effective de son avocat – ce qui aurait fait de la règle une obligation de résultat-, ou si, au contraire, on devait seulement l'obliger à faire son possible pour que l'entretien ait lieu- ce qui conduisait à n'imposer à l'officier de police judiciaire qu'une obligation de moyen. L'officier de police judiciaire quitte de ses obligations s'il n'a pas pu joindre l'avocat choisi ou si celui-ci refuse de se déplacer. En tout cas, l'officier de police judiciaire n'est pas tenu de rendre effectif l'entretien avec l'avocat[1117] ; la loi lui impose une obligation de moyen consistant à prévenir l'avocat ou le bâtonnier et non de résultat, y compris pour les mineurs.

La circulaire d'application du 4 décembre 2000 insiste sur le fait que les enquêteurs ne sont tenus que d'une obligation de moyens, et non de résultat, dans la mise en œuvre de ce droit à l'entretien avec un avocat. En la matière, la jurisprudence déduit que les officiers de

[1116] Crim., 17 mai 2000, *Bull. crim*., n° 196.
[1117] Crim., 13 février 1996, n° 95-85.676, *Bull. crim.*, n° 73, *D.*, 1996, Somm. 260, obs. J. PRADEL, *Justices* 1997, n° 5, comm. 315, obs. D. REBUT, *Procédures* 1996, comm. 230, obs. J. BUISSON.

police judiciaire n'ont qu'une obligation de moyen qui se résume pour eux à contacter sans délai un avocat. Ils ne sauraient en revanche être rendus coupables de l'impossibilité de le joindre, et encore moins de l'impossibilité pour celui-ci de se déplacer ou de son retard éventuel. Celui-ci ne saurait en conséquence se prévaloir d'un quelconque droit à bénéficier d'un entretien avec un avocat. Dans ces conditions, la jurisprudence a toujours considéré que l'article 63-4 du Code de procédure pénale impose seulement à l'officier de police judiciaire de prendre contact avec l'avocat désigné ou d'informer par tous moyens et sans délai le bâtonnier de l'Ordre de la demande de commission d'un avocat d'office. D'ailleurs, la chambre a estimé, qu'il avait été satisfait à cette obligation, l'officier de police judiciaire qui avait téléphoné à maintes reprises, mais en vain, au numéro de la permanence organisée par le barreau intéressé pour centraliser les appels provenant de tous les lieux de garde à vue[1118].

Ainsi, si la personne demande à s'entretenir avec un avocat désigné d'office ou choisi, l'appel ou l'information par télécopie ou selon les modalités fixées par le barreau du service de garde des avocats et du numéro de l'Ordre des avocats ou de l'avocat choisi sont suffisants[1119]. Lorsque l'absence d'effectivité du droit à l'entretien procède de circonstances de fait étrangères aux autorités de poursuites, on ne peut admettre que ces circonstances paralysent la recherche de la vérité. Ainsi en est-il d'une grève du barreau[1120] ou lorsque l'avocat refuse de se déplacer[1121]. Constitue une faute professionnelle de la part de l'avocat, le refus d'assurer une permanence de vingt-quatre heures pour assister les personnes gardées à vues[1122]. En outre, si les diligences ont été vaines, la loi n'impose pas à l'officier de police judiciaire à différer l'interrogatoire de la personne gardée à vue et les investigations jusqu'à l'arrivée de l'avocat[1123]. En dispensant l'officier de police judiciaire de rendre effectif l'entretien avec l'avocat, la loi lui reconnait implicitement, mais nécessairement, le droit d'entendre la personne gardé à vue alors même que celle-ci ne serait pas encore entretenue

[1118] Crim., 9 mai 1994, *Bull. crim*., n° 174, *D*., 1995, Somm. 145, obs. J. PRADEL.
[1119] Crim., 17 mai 2000, op. cit.
[1120] Crim., 12 mars 1997, *Bull. crim*., n° 99 : *la décision prise collectivement par le barreau de suspendre toute participation des avocats au service des commissions d'office constitue une circonstance insurmontable.*
[1121] CA Douai, 14 avril 1993, *Gaz. Pal*., 1993.I.274, note LEVY.
[1122] Civ. 1e, 24 juin 1997, *J.C.P.*, 1998.II.10035, note MARTIN ; Crim., 12 septembre 2000, n° 00-83.539, *Procédures* 2001, comm. 48, obs. J. BUISSON.
[1123] Crim., 28 avril 2004, *Bull. crim*., n° 102, aucune disposition légale ou conventionnelle n'impose à l'officier de police judiciaire, qui a tenté vainement de joindre, dès le début de la mesure de garde à vue, l'Ordre des avocats ou son délégataire, de différer l'audition de la personne qui fait l'objet de cette mesure.

avec un avocat, que les officiers de police judiciaire ont tenté vainement de joindre[1124]. Toutefois, l'audition doit être interrompue lorsque le gardé à vue n'a pas été mis en mesure de s'entretenir en temps voulu avec son avocat, faute par les policiers d'avoir accompli les diligences requises[1125].

Par application combinée des articles 63-4 et 64 du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire doit consigner dans le procès-verbal d'audition de la personne gardée à vue non seulement la demande d'entretien avec l'avocat, mais aussi les diligences accomplies pour rendre effectif l'exercice de ce droit, plus précisément pour contacter le bâtonnier[1126], l'information donnée à l'avocat sur la nature et la date de l'infraction, objet de l'enquête ainsi que les observations du conseil dont l'écrit est joint à la jonction à la procédure. Le non-accomplissement, par les officiers de police judiciaire, des diligences destinées à faire droit, au terme d'un délai de garde à vue, à la demande d'entretien avec un avocat, entraine la nullité des actes de la procédure effectués à partir de l'écoulement de ce délai, à l'exclusion des actes[1127], dont la garde à vue n'est pas le support nécessaire[1128].
Qu'il s'agisse d'un mineur ou d'un majeur, le rôle de l'avocat est identique.

3. Le déroulement de l'entretien

L'avocat choisi par la personne ou désigné par le bâtonnier peut s'entretenir pendant une durée de trente minutes avec l'intéressé dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien[1129]. Depuis le 1er janvier 2001, l'avocat doit être informé, par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête[1130]. Cette information doit porter non seulement sur la qualification légale de l'infraction qui lui est reprochée, mais aussi sur les faits eux-mêmes, dont le contenu doit lui être exposé. Elle doit

[1124] Crim., 13 décembre 2006, *Bull. crim*., n° 312, *AJ pénal* 2007, comm. 140, obs. E. ALLAIN, *Dr. pénal* 2007, comm. 45, obs. A. MARON.
[1125] Crim., 10 mai 2001, *Bull. crim*., n° 118, *Dr. pénal* 2002, comm. 23-29, note A. MARON, dans cette affaire, l'intéressé devrait s'entretenir avec son avocat à 11h15, ce qui ne fut pas fait faute de toute diligence, l'audition commencée à 9h55 et poursuivie jusqu'à 11h50 était donc nulle.
[1126] Civ. 2e, 23 janvier 2003, n° 01-50.066, *Bull. Civ*. II, n° 13; Crim., 8 mars 2000, op. cit.
[1127] Comme en l'espèce la mise en examen.
[1128] Crim., 9 juillet 2003, n° 03-82.124, *Bourigault.*
[1129] En pratique, cette entretien se déroule dans une pièce mise à disposition par l'OPJ, où se trouvent seuls le gardé à vue et son avocat.
[1130] Art. 63-4, al. 3 C. pr. pén.

être donnée à l'avocat lors de sa première intervention. L'avocat doit être également informé du fait que la garde à vue intervient dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire. Bien que l'article 63-4 du Code de procédure pénale ne le mentionne pas expressément, un interprète peut être présent à l'entretien si l'intéressé ne comprend pas la langue française. Il a ainsi été jugé que l'entretien sans interprète, dans un tel cas, équivalait à l'absence d'entretien et que la nullité de la garde à vue devait alors être prononcée[1131].

Bien que le Conseil constitutionnel considère que le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue constitue un droit de la défense[1132], le rôle de l'avocat ne consiste pourtant pas à organiser la défense de la personne gardée à vue. En particulier, l'avocat n'a pas le droit d'assister aux interrogatoires, ni d'accéder au dossier de la procédure, comme dans le cas de l'instruction préparatoire ou devant les tribunaux. Il n'a donc pas la possibilité d'informer son client de l'étendue précise et de la nature exacte des indices relevés contre lui. Il s'assure de la régularité de la procédure, réconforte son client et l'invite éventuellement à se taire. A l'issue de l'entretien, si l'avocat souhaite rendre compte d'irrégularités dans le déroulement de la garde à vue de son client, il formule des observations écrites qui sont jointes au dossier de la procédure[1133]. Enfin, l'avocat est tenu, pendant toute la garde à vue, de ne faire état de cet entretien auprès de quiconque, famille de la personne retenue, journalistes ou autres, afin de concilier l'exercice des droits de la défense avec les nécessités des investigations. Il ne saurait, par exemple, contacter une personne susceptible de fournir des informations ou des documents pouvant constituer un élément de défense en faveur de la personne gardée à vue. En le prévoyant, le législateur a entendu prévenir les collusions entre avocat et complices. Plus précisément, cette disposition a pour objet d'empêcher que d'éventuels complices puissent être informés du placement en garde à vue d'une personne avec laquelle ils ont commis une infraction.

Cette situation a retenu l'attention de la Commission Outreau. Unanimes pour préconiser l'accès de l'avocat au dossier lors de la prolongation de la garde à vue, sauf pour les crimes les plus graves visés à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, ses membres

[1131] Aix-en-Provence, 22 décembre 1993, *D.*, 1994.566, note VIRRIOT-BARRIAL.
[1132] Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 et déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.
[1133] Crim., 12 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 100. Cet arrêt a précisé la portée de l'article 63-4, alinéa 4, du Code de procédure pénale qui prévoit la possibilité, pour l'avocat qui se présente, de formuler des observations écrites, lesquelles sont jointes à la procédure.

étaient, en revanche, divisés sur la question de la présence de l'avocat aux interrogatoires. Les uns estimaient qu'elle était nécessaire dès le début de la garde à vue, les autres qu'il fallait qu'elle n'intervienne qu'en cas de prolongation. Le législateur n'a consacré aucune de ces propositions. Le Syndicat de la magistrature, dans ses propositions présentées à la commission d'enquête parlementaire, estime nécessaire que l'avocat puisse être présent en garde à vue auprès de son client dès la première heure et qu'il ait accès au dossier ; sans ce droit, la présence de l'avocat est illusoire[1134].

La question a été réexaminée par le Comité Léger. Certains membres ont jugé nécessaire que l'avocat soit présent dès la première heure de garde à vue et qu'il puisse assister à l'ensemble des auditions. Cependant, la majorité d'entre eux s'est opposé à cette proposition au motif qu'elle est susceptible d'entraver et de ralentir le déroulement de l'enquête, alors que ce sont généralement les premières investigations qui se révèlent déterminantes pour la découverte de la vérité. S'agissant de la possibilité pour l'avocat d'accéder au dossier, le Comité a considéré qu'une telle mesure est « impossible à mettre en œuvre pour des raisons pratiques. En cas d'interpellation, et spécifiquement dans une enquête en flagrance, le dossier est constitué matériellement au cours de la garde à vue, l'ensemble des procès verbaux étant rédigés et rassemblés uniquement à la fin de la mesure » [1135]. Voilà l'avocat toujours perçu comme pouvant faire obstacle à la découverte de la vérité[1136].

Le projet de nouveau Code de procédure pénale ne va pas jusqu'à reconnaître aux suspects le droit à l'assistance d'un avocat lors de toutes les auditions ; il ne prévoit non plus la possibilité pour cet avocat d'accéder au dossier de son client. Selon l'article 327-17, la présence de l'avocat aux auditions n'est possible qu'à compter de la vingt-quatrième heure. Dans ce cas, l'avocat peut poser des questions à l'issue de chaque audition. L'officier ou l'agent de police judiciaire peut s'opposer aux questions de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête ou à la dignité de la personne. Néanmoins, l'accès de l'avocat sera strictement réservé aux seuls procès-verbaux de la personne mise en examen. On peut donc se demander si la présence de l'avocat dans les locaux de la police pourrait être réellement efficace, dans la

[1134] Syndicat de la Magistrature, Projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, adopté par l'Assemblée nationale le 19 décembre 2006, http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/obsSenatprocp.nale_07_01_04.pdf
[1135] Rapport de la commission Léger *préc.*, p. 19.
[1136] Christine LAZERGES, « *Le rapport Léger : analyse des propositions* », *art. préc.*, p. 388.

mesure où ce dernier ne pourrait pas participer activement à l'interrogatoire policier, et demander l'accomplissement de tel ou tel acte lui paraissant utile[1137].

La présence d'un avocat durant l'interrogatoire garantit à la fois l'intégrité de la procédure pénale et le droit des suspects à bénéficier d'une défense efficace. Le Conseil National des Barreaux appelle depuis longtemps à une réforme profonde des règles de la garde à vue, y compris la présence d'un avocat pendant les interrogatoires. Mais, le droit français reflète la crainte que ce droit constitue une entrave excessive à l'efficacité des enquêtes. Il s'agit toutefois d'un droit reconnu dans de nombreux pays d'Europe. Une étude de législation comparée du Sénat portant sur six États européens, publiée en décembre 2009[1138], révèle en effet que le droit pour les personnes placées en garde à vue à bénéficier de l'assistance d'un avocat dès qu'elles sont privées de liberté est largement reconnu au sein de l'Union européenne. Tel est le cas en Allemagne[1139], en Angleterre et au pays de Galles[1140], au Danemark[1141], en Espagne[1142] et en Italie[1143], où l'assistance d'un avocat, le cas échéant commis d'office, est prévue dès le début de la garde à vue. L'avocat peut en général assister aux interrogatoires. C'est le cas dans chacun de ces cinq pays sauf en Allemagne, où le Code de procédure pénale allemand prévoit néanmoins l'interruption de l'interrogatoire à la demande du suspect si celui-ci souhaite consulter son avocat. La Belgique constitue la seule exception à cette règle : aucun texte ne prévoit l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue.

[1137] Haritini MATSOPOULOU, « *A propos du rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *art. préc.*, p. 15.

[1138] Étude de législation comparée n° 204 du Sénat, La garde à vue, 31 décembre 2009, http://www.senat.fr/noticerap/2009/lc204-notice.html

[1139] Art. 112 à 130 C. pr. pén. : l'intéressé a le droit de consulter un défenseur de son choix à tout moment, dès son interrogatoire ; la présence du conseil lors de l'audition n'est pas de droit mais peut être autorisée.

[1140] Art. 34 à 52 de la loi de 1984 sur la police et la preuve en matière pénale : le Police and Criminal Evidence Act de 1984, connu sous le nom de PACE, prévoit l'intervention confidentielle de l'avocat à tout moment, sauf à ce que le commissaire de police retarde cette intervention pour un motif prévu par la loi. L'avocat assiste aux interrogatoires si son client le souhaite. Il peut néanmoins être exclu par la police si son attitude empêche le bon déroulement des interrogatoires, par exemple s'il répond à la place de la personne interrogée ou s'il lui fait lire des réponses préparées.

[1141] Circulaire du ministre de la justice du 12 juin 2001 sur les droits des personnes placées en garde à vue.

[1142] Art. 489 à 501 et 520 à 527 C. pr. pén. ; art. 117, 4°, alinéa 2 de la Constitution espagnole qui consacre le droit à l'assistance de l'avocat lors des actes réalisés par les services de police. Ce principe demeure même en cas de poursuites pour actes de terrorisme, sous réserve que l'avocat soit désigné d'office par l'Ordre des avocats et non choisi par le gardé à vue lui-même.

[1143] Art. 379 à 391 C. pr. pén. : La personne placée en garde à vue doit être informée de son droit à choisir un avocat. Si elle ne choisit pas un avocat, elle bénéficie nécessairement d'un avocat commis d'office. L'avocat assiste son client dans tous les actes de la procédure et peut s'entretenir avec lui à tout moment, y compris dès l'arrestation. Néanmoins, à titre exceptionnel, le ministère public peut décider de reporter l'exercice de ce droit dans la limite de cinq jours.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a exhorté la France en juillet 2008 à s'assurer que les individus suspectés de terrorisme aient accès à un avocat « sans délai », soient informés de leur droit à garder le silence lors des interrogatoires et soient présentés devant un juge dans les plus court délais. La Cour européenne des droits de l'homme à jugé dans des affaires impliquant le Royaume-Uni qu'empêcher l'accès à un avocat ne serait-ce que pour vingt-quatre heures d'interrogatoire pour des enquêtes en matière de terrorisme viole la Convention européenne des droits de l'homme ; l'absence d'avocat pendant cette période pouvant « irrémédiablement porter atteinte » aux droits de la défense[1144].

Dans l'arrêt *Salduz* contre la Turquie, la Cour de Strasbourg a souligné que, « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme demeure suffisamment concret et effectif, il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti « dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police », sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit, et que, même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification- ne doit pas indûment préjudicier aux droits de la défense découlant pour l'accusé de l'article 6[1145]. Il conviendra donc de vérifier, dans chaque cas, « si la restriction litigieuse est justifiée et, dans l'affirmative, si, considérée à la lumière de la procédure dans son ensemble, elle a ou non privé l'accusé d'un procès équitable »[1146]. Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque les déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation. La présence d'un avocat pendant la garde à vue est la meilleure façon de faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même »[1147]. Interprété strictement, cet arrêt faisait débuter le droit à

[1144] CEDH, 8 février 1996, *John Murray c/ Royaume*, requête n° 18731/91 ; CEDH, 6 juin 2000, *Magee c/ Royaume-Uni*, requête n° 28135/95.
[1145] La démonstration « d*e raisons impérieuses, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce* », peut conduire à restreindre le droit à avoir à accès à un avocat dès le premier interrogatoire, et que**, «** *toute exception à la jouissance de ce droit doit être clairement circonscrite et son application strictement limitée dans le temps* **».**
[1146] MATSOPOULOU Haritini, « *Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue* », commentaire de l'arrêt CEDH, *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, *in Gazette du Palais*, 2009, n° 336 à 337, p. 22.
[1147] CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, requête n° 36391/02.

bénéficier de l'assistance d'un avocat aux « *premiers stades des interrogatoires de police* »[1148].

Dans l'arrêt *Dayanan*, la Cour va plus loin et explique que, « un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit. En effet, l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au Conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer. L'absence d'un conseil lors de la garde à vue, lorsque la loi y fait obstacle, suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 »[1149]. Cet arrêt a donc supprimé toute ambiguïté sur le moment auquel le gardé à vue doit pouvoir bénéficier d'un avocat : c'est dès le moment de la privation de liberté, et « *indépendamment des interrogatoires qu'il subit* », que le gardé à vue doit pouvoir être assisté. L'arrêt *Dayanan* est également particulièrement instructif par la définition qu'il donne de ce que recouvre l'assistance effective d'un avocat, à l'aune de laquelle la conformité des différents droits nationaux aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne peut être mesurée. Il en résulte donc que l'avocat doit pouvoir exercer librement la défense du gardé à vue en jouant un rôle actif pendant tout le déroulement de la mesure[1150]. Cela suppose un contact permanent avec l'intéressé pouvant être assuré par la reconnaissance d'un droit de visite de l'avocat[1151].

[1148] Plusieurs juges de la Cour européenne avaient, dans des opinions concordantes jointes à l'arrêt, précisé la portée qu'il convenait, selon eux, de donner aux termes « *dès les premiers stades des interrogatoires de police* ». Ainsi, le juge Zagrebelsky avait estimé nécessaire d'« *ajouter quelques mots pour expliquer le sens du raisonnement de la Cour* » : « *L'importance des interrogatoires est évidente dans le cadre de la procédure pénale, de sorte que, comme l'arrêt le souligne, l'impossibilité de se faire assister d'un avocat pendant les interrogatoires s'analyse, sauf exceptions, en une grave défaillance par rapport aux exigences du procès équitable. Mais l'équité de la procédure, quand il s'agit d'un accusé qui est détenu, requiert également que l'accusé puisse obtenir (et le défenseur exercer) toute la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil : la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse, le contrôle des conditions de détention,* etc. *Le principe de droit qu'il faut tirer de l'arrêt est donc que l'accusé en état de détention a droit, normalement et sauf limitations exceptionnelles, à ce que, dès le commencement de sa garde a vue ou de sa détention provisoire, un défenseur puisse le visiter pour discuter de tout ce qui touche à sa défense et à ses besoins légitimes* ».

[1149] CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, requête n° 7377/03. En ce sens, CEDH, 16 juin 2009, *KARABIL c/ Turquie*, requête n° 5256/02 *;* CEDH, 24 septembre 2009, requête n° 7025/04, Pishchalnikov c/ Russie ; CEDH, 3 novembre 2009, *Mehmet Ali Ayhan c/ Turquie*, requête n° 20406/05 ; CEDH, 8 décembre 2009, *SAVAS c/ Turquie*, requête n° 9762/03.

[1150] MATSOPOULOU Haritini, « *Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue* », *art. préc.*, p. 23.

[1151] Ibid.

Ce dernier devrait avoir la possibilité de se rendre, pendant toute la durée de la garde à vue, dans les postes de police, afin de discuter avec la personne en faisant l'objet et de préparer utilement sa défense[1152]. Une telle possibilité constitue, en outre, une garantie fondamentale contre les mauvais traitements tendant à extorquer des aveux**.**

Cette solution adoptée par l'arrêt *Dayanan* semble s'affirmer. Dans l'arrêt *Kolesnik*, les sages de Strasbourg ont rappelé que « des déclarations auto incriminantes faites en l'absence d'un avocat ne peuvent constituer la raison principale d'une condamnation pénale »[1153]. Le projet de nouveau Code contient une problématique proche de celle de la Cour européenne dans l'article 113-4 qui prévoit qu'en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement des déclarations qu'elle a faites sans avoir été en mesure de bénéficier de l'assistance d'un avocat. A notre avis, cela pourrait amener les parquets à prolonger systématiquement les mesures de garde à vue dans lesquelles les suspects ont passé des aveux circonstanciés pendant les premières vingt-quatre heures, en l'absence d'autres éléments incriminants, pour que les aveux soient réitérés en présence d'un avocat, ce qui est aberrant. Quelle serait alors l'utilité d'instaurer des régimes dérogatoires de garde à vue avec intervention différée de l'avocat si c'est pour s'interdire d'utiliser les déclarations faites par le gardé à vue lors d'interrogatoires effectués en l'absence de son conseil ? De même, comment la Cour européenne pourrait-elle accepter le principe d'un accès différé à l'avocat dans certaines hypothèses dérogatoires si, dans le même temps, elle n'acceptait pas comme moyen de preuve - dans les limites ci-dessus rappelées dans l'arrêt *Salduz* - les déclarations du gardé à vue[1154] ?

Dans un arrêt rendu le 2 mars 2010[1155], la Cour européenne des droits de l'homme semble imposer au minimum que le gardé à vue soit informé de l'existence du principe de non-incrimination, de son droit au silence, et de son droit à ne faire aucune déclaration avant de rencontrer un avocat :

« *88.* La Cour relève plus particulièrement que le premier interrogatoire du requérant par la police au moment de son arrestation, au cours duquel il avait avoué être l'auteur des faits, tout

[1152] Ibid.
[1153] CEDH, 19 novembre 2009, *Oleg Kolesnik c/ Ukraine*, requête n° 17551/02.
[1154] Hervé VLAMYNCK, « *Première approche policière et pratique du projet de code de procédure pénale* », *art. préc.*, p. 182.
[1155] CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, requête n° 54729/00.

comme ses deux auditions subséquentes par le juge aux affaires familiales, ont été conduits sans que le requérant ait pu s'entretenir au préalable avec son avocat. Ainsi, les autorités sont entrées en possession de ses aveux incriminants et de sa description détaillée des faits du jour critique avant même que le requérant, censé bénéficier de la présomption d'innocence, ait pu être informé de son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La Cour observe en effet qu'en l'espèce, il n'apparaît pas que les autorités aient elles-mêmes, avant de l'interroger, informé d'une manière quelconque le requérant de son droit de garder le silence et de consulter un avocat avant toute déclaration ».

Certes, aux termes de l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* », seul l'État concerné par la décision rendue est directement lié par cette décision. Mais, si les arrêts concernant la Turquie n'ont pas d'« effet direct » dans la France, l'Etat français, dont la législation est analogue au droit turc, considéré par la Cour comme contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, devrait réviser sa législation sans attendre d'être condamné. En effet, le droit français, qui ne reconnaît à la personne placée en garde à vue qu'un droit à un entretien de trente minutes en début de garde à vue, sans possibilité pour l'avocat d'avoir accès au dossier, ni d'être présent lors des auditions, n'est pas compatible avec les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme pour assurer le droit à un procès équitable dans le cadre de la garde à vue, à savoir une assistance effective d'un avocat dès la privation de liberté, incluant la possibilité pour cet avocat d'exercer librement « *toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil* », De plus, l'existence de régimes dérogatoires, qui repoussent à quarante-huit ou soiscante-douze heures après le début de la garde à vue l'échéance à partir de laquelle une personne a le droit de s'entretenir avec un avocat, notamment pour les infractions en bandes organisées ou liées au terrorisme est contraire aux prescriptions découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « *l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'article 6 de la Convention, que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le début de la garde à vue. Dénier cet accès pendant les quarante-huit premières heures de celui-ci, alors que les droits de la défense peuvent fort bien subir une atteinte irréparable, est incompatible avec les droits que l'article 6 reconnaît au gardé à*

vue »[1156]. Faut-il rappeler ici que pour les juges européens, la règle de l'intervention immédiate de l'avocat lors d'une garde à vue devrait surtout jouer pour les infractions les plus graves, « car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible »[1157] ?

Cette non-conformité des règles françaises est en outre aggravée par la jurisprudence de la chambre criminelle selon laquelle « *aucune disposition légale ou conventionnelle n'impose à l'officier de police judiciaire, qui a tenté vainement de joindre, dès le début de la mesure de garde à vue, le bâtonnier de l'Ordre des avocats ou son délégataire, de différer l'audition de la personne qui fait l'objet de cette mesure* »[1158] et « *aucune disposition légale n'impose au policier de différer l'audition d'une personne gardée à vue dans l'attente de l'arrivée de l'avocat assurant l'entretien prévu par l'article 63-4 du Code de procédure pénale* »[1159].

En outre, jusqu'à présent, le dispositif dérogatoire français, qui consiste en un aménagement de l'exercice des droits de la défense, n'apparaît pas à la Cour de cassation contraire à la jurisprudence de la Cour européenne. La chambre criminelle s'est prononcée en ce sens, puisque, par un arrêt du 20 mars 2007, elle a affirmé que « *les dispositions du dernier alinéa de l'article 63-4 et de l'article 706-73 du Code de procédure pénale ne sont pas incompatibles avec les dispositions conventionnelles invoquées* »[1160]. Cette précision illustre bien la réticence des magistrats français à la présence de l'avocat pendant les interrogatoires de garde à vue.

Le Conseil constitutionnel considère, quant à lui, que le régime dérogatoire de garde à vue prévu au dernier alinéa de l'article 63-4 du Code de procédure pénale est conforme à la Constitution du 4 octobre 1958. Dans ses décisions n° 93-326 du 11 août 1993 et n° 2004-492 du 2 mars 2004, il a souligné que le législateur peut prévoir « *des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, mais à*

[1156] CEDH, 24 septembre 2009, *Pishchalnikov c/ Russie*, requête n° 7025/04 : « *Le défaut d'assistance par un avocat aux premiers stades de son interrogatoire par la police a irréversiblement porté atteinte aux droits de la défense et amoindri les chances pour lui d'être jugé équitablement* ».
[1157] Haritini MATSOPOULOU, « *Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue* », *art. préc.*, p. 25.
[1158] Crim., 28 avril 2004, *Bull. crim*., n° 102.
[1159] Crim., 13 décembre 2006, *Bull. crim.* n° 312.
[1160] Crim., 20 mars 2007, *Juris-Data* n° 2007-038449.

la condition que ces différences de procédures ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ». Dans sa décision du 2 mars 2004 précitée, il a estimé que le report de l'entretien avec l'avocat à la 48e heure de garde à vue, **«** *justifié par la gravité et la complexité des infractions concernées, s'il modifie les modalités d'exercice des droits de la défense, n'en met pas en cause le principe* ». Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que les dispositions du dernier alinéa de l'article 63-4 précité « *ne portent une atteinte injustifiée ni à la liberté individuelle, ni aux droits de la défense, ni aux prérogatives de l'autorité judiciaire* », dès lors que le procureur de la République, membre de l'autorité judiciaire, peut contrôler la qualification des faits qui est portée à sa connaissance par l'officier de police judiciaire, et donc le report éventuel de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue. Les dispositions du dernier alinéa de l'article 63-4 prévoyant une intervention différée de l'avocat lorsqu'une personne est en garde à vue pour l'une des infractions limitativement énumérées par cet article, sont donc conformes à la Constitution.

Toutefois, dans sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010[1161], le Conseil constitutionnel, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité en application du nouvel article 61-1 de la Constitution, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du dispositif de droit commun prévu par le Code de procédure pénale en matière de garde à vue, a estimé que :

« les dispositions combinées des articles 62 et 63 du même code autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue ; que son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ;

que les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du Code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées ; qu'ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre

[1161] Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 Juillet 2010 Daniel W et autres.

part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

En particulier, le conseil constate que toute personne suspectée d'avoir commis une infraction est susceptible d'être placée en garde à vue, que la prolongation de la mesure pour vingt-quatre heures n'est subordonnée à aucune condition de gravité de l'infraction, que la présence d'un avocat pour assurer la défense du gardé à vue n'est pas effective, et qu'enfin le droit de garder le silence, garanti par la Constitution ne lui est pas notifié. Ces dispositions portent atteinte aux libertés individuelles et à la sûreté de la personne, sans qu'elles soient justifiées par le but poursuivi. Dès lors, leur caractère disproportionné au regard des droits garantis par les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen violent la Constitution.
Concernant les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil reconnaît que l'annulation immédiate des dispositions législatives attaquées porterait nécessairement atteinte à l'ordre public, et irait à l'encontre des objectifs recherchés. Le Conseil laisse donc un délai d'une année au législateur afin qu'il établisse un régime de la garde à vue conforme à la Constitution[1162].

En réponse à cette décision, le garde des Sceaux a déposé le 7 septembre 2010 un avant-projet de loi réformant la garde à vue, afin d'édifier un nouveau régime de droit commun conforme à la Constitution. Le nouveau projet renforce le principe de la liberté individuelle et des droits de la défense, restaure le droit au silence et érige en principe fondamental le respect de la dignité de la personne. Il prévoit en outre la présence de l'avocat aux côtés de la personne gardée à vue pendant toutes ses auditions, avec la possibilité de consulter les procès-verbaux d'auditions qui ont déjà été réalisées. Ces éléments consacrent sans doute une avancée en faveur des droits et libertés individuelles.

Néanmoins, plusieurs dispositions du projet de loi sont discutables et n'assurent pas, comme l'exigent la décision du Conseil constitutionnel et la jurisprudence de la Cour

[1162] L'abrogation des articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du Code de procédure pénale ne sera applicable qu'à compter du 1er Juillet 2011 », http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-14/22-qpc/decision-n-2010-14-22-qpc-du-30-juillet-2010.48931.html.

européenne des droits de l'homme, l'effectivité de l'assistance de l'avocat pendant la garde à vue. En particulier, les officiers de police judiciaire et le procureur de la République pourront, dans certaines circonstances particulières tenant à la nécessité de rassembler ou conserver les preuves, refuser à l'avocat la consultation des procès verbaux des auditions de son client déjà réalisées ou l'assistance aux auditions, pendant une durée ne pouvant excéder douze heures. Plus inquiétant, demeure, en l'état du texte, le fait que l'avocat ne pourra faire des observations écrites qu'au terme des auditions de son client. A vrai dire, si l'avocat peut être présent lors de l'interrogatoire de son client, il semble cantonné à un rôle de témoin passif, sans pouvoir sous la forme d'observations orales ou de questions en cours d'interrogatoire, offrir au gardé à vue une véritable assistance et donc la plénitude de l'exercice des droits de la défense.

Il est à noter que depuis la fin de l'année 2009, certaines juridictions françaises ont fait application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, en ce qu'elles se fondent sur les critères développés par la Cour pour vérifier s'il a ou non été porté atteinte au droit de la personne gardée à vue à un procès équitable[1163]. Par exemple, dans une affaire de droit commun, le tribunal correctionnel d'Orléans a annulé une mesure de garde à vue, en jugeant que « *au regard des principes posés par la Cour européenne des droits de l'Homme, Monsieur X s'est trouvé lors de ses auditions en garde à vue et de sa présentation au procureur de la République dans une situation particulièrement vulnérable qui n'a pas été compensée de manière adéquate par l'assistance d'un avocat (…) ; il convient dès lors d'appliquer les principes posés par la Cour européenne des droits de l'Homme et d'écarter en conséquence en tant que moyens de preuve les procès-verbaux d'audition en garde à vue et le procès-verbal d'interpellation par Monsieur le procureur de la République de Monsieur X* »[1164].

Dans un jugement en date du 28 janvier 2010, le tribunal correctionnel de Paris a annulé des mesures de garde à vue décidées dans une affaire de violences aggravées ne relevant pas de la criminalité organisée. Se fondant sur les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, le tribunal a jugé qu'il lui appartenait de comparer le rôle assigné à l'avocat par l'article 63-4 du Code de procédure pénale à la « *définition impérative du rôle de*

[1163] CA Pau, 22 décembre 2009; CA Agen, 18 février 2010; Trib. Cor. Agen, 6 janvier 2010 ; Trib. Cor. Nice, 16 février 2010.
[1164] Trib. Cor. Orléans, 4 février 2010, n° 219/s2/10.

l'avocat » donnée dans l'arrêt *Dayanan*. Cet examen a amené le tribunal à la conclusion que « *cet entretien de trente minutes ne correspond manifestement pas aux exigences européennes. L'avocat ne peut remplir les différentes tâches qui sont le propre de son métier et dont quelques-unes sont rappelées et énumérées par les arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il lui est impossible de «* discuter de l'affaire *» dont il ne sait rien si ce n'est la date des faits et la nature de l'infraction et ce que la personne gardée à vue (…) peut en savoir elle-même. Il lui est impossible «* d'organiser la défense *» dans la mesure où il ignore quelles sont les «* raisons plausibles *» de soupçon retenues par l'officier de police judiciaire pour décider la garde à vue. La «* recherche des preuves favorables à l'accusé *» ne peut être qu'extrêmement aléatoire faute de savoir quelles sont les preuves défavorables et les circonstances de l'affaire. Il en va de même de la préparation des interrogatoires auxquels il ne peut de toutes façons pas participer* ». Le tribunal a en conséquence estimé que « *le rôle confié par l'article 63-4 du Code de procédure pénale à l'avocat pendant la garde à vue constitue une violation manifeste des règles européennes posées par l'article 6 de la Convention européenne* »[1165].

Le 30 novembre 2009, le Tribunal de Grande Instance de Bobigny a prononcé une nullité de garde à vue en se fondant sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[1166]. Le 20 janvier 2010, la Cour d'appel de Nancy vient de rejoindre la jurisprudence européenne en annulant des procès-verbaux de garde à vue, dans une affaire de stupéfiants, en écartant les déclarations faites en garde à vue de deux suspects de trafic de drogue, estimant que le manque d'accès à un avocat pendant les soiscante-douze heures de leur garde à vue était contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme. Le 28 janvier 2010, le tribunal correctionnel de Paris avait annulé cinq gardes à vue au motif que « cet entretien de trente minutes avec l'avocat ne correspond manifestement pas aux exigences européenne et le cantonne à une mission de spectateur impuissant. L'avocat ne peut remplir les différentes tâches qui sont le propre de son métier et dont quelques unes sont rappelées et énumérées par les arrêts récents de la Cour européenne ». Le 25 avril 2010, le vice-procureur de Grenoble a autorisé un avocat à assister son client lors d'un interrogatoire dans le cadre d'une prolongation de garde à vue. La motivation du magistrat du parquet était simple : *« protéger la validité de la procédure au vu de la jurisprudence récente de la Cour européenne des*

[1165] Tribunal correctionnel de Paris, 28 janvier 2010, n° 0815530244.
[1166] TGI Bobigny, ord., 30 novembre 2009, Zohir S.

droits de l'homme, mais aussi du tribunal de grande instance de Grenoble et de la Cour d'appel de Grenoble ».

Dans une affaire de trafic de stupéfiants, la Cour d'appel de Paris a validé la garde à vue d'une personne qui avait été déférée devant le juge avant la fin des soixante-douze heures de garde à vue et, par conséquent, avant d'avoir pu s'entretenir avec son avocat ainsi qu'il avait demandé. La Cour considère notamment que « *notre droit prévoit une intervention différée de l'avocat lorsque le gardé à vue est mis en cause pour certaines infractions relevant de la criminalité organisée, du terrorisme, ou encore, comme en l'espèce, pour infraction à la législation sur les stupéfiants, ensemble d'infractions estimées d'une particulière gravité ; ces restrictions ne sont pas contraires à l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et aux interprétations qu'en a fait la Cour de Strasbourg, qui admet les exceptions au principe de l'exercice du droit à un avocat, s'il est démontré, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit* ». À l'appui de cette décision, la juridiction parisienne a relevé que « *la participation à un trafic de stupéfiants constitue une infraction particulièrement grave de par ses conséquences, entre autres, sur la santé publique, de telle sorte que les restrictions temporaires instituées poursuivent une préoccupation légitime, apparaissent proportionnées à l'objectif social, tel que voulu par le législateur, et ne se montrent pas contraires au principe du procès équitable* »[1167]. Ce faisant, bien que son arrêt n'ait pas annulé la mesure de garde à vue, la juridiction a très clairement fait application des principes dégagés par la Cour de Strasbourg, et plus particulièrement de celui énoncé dans l'arrêt *Salduz* permettant qu'il soit dérogé au droit à être assisté par un avocat dès le premier interrogatoire lorsqu'il existe, « *à la lumière des circonstances particulières de l'espèce des raisons impérieuses de restreindre ce droit* ». Pour le professeur Madame MATSOPOULOU, une telle formule réserve une place aux « circonstances insurmontables » faisant obstacle à l'exercice immédiat d'un tel droit et pouvant justifier l'intervention tardive de l'avocat. Mais, en pareil cas, un texte devrait imposer expressément à l'officier de police judiciaire de motiver, d'une façon détaillée, toute intervention différée[1168].

[1167] CA Paris, cinquième chambre de l'instruction, 9 février 2010, n° 2009/07792.
[1168] Haritini MATSOPOULOU, « *Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue* », *art. préc.*, p. 25.

En conséquence, la situation actuelle en France est caractérisée par une réelle insécurité juridique : la lettre de l'article 63-4 du Code de procédure pénale et la réforme projetée de ce Code sont en contradiction évidente avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme tel qu'il est interprété depuis 2008 par la Cour européenne de Strasbourg. Le flou actuel risque en effet de déboucher sur une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Face à cette situation, une réforme de la garde à vue plaçant comme priorité le respect des droits de l'homme est souhaitable. Ainsi, tout suspect placé en garde à vue devrait être notifié de son droit de garder le silence et devrait pouvoir, dès la première heure et quelles que soient les accusations dont il fait l'objet, être assisté d'un avocat avec lequel il pourra s'entretenir librement à tout moment, selon les exigences de sa défense. Cet avocat devrait avoir accès au dossier de la procédure - et non pas un accès restreint aux seuls procès-verbaux d'audition du client- et participer aux interrogatoires en posant des questions, en formulant des observations et en suggérant des investigations. C'est sous ces conditions que le caractère concret et effectif de la défense sera respecté et qu'un procès équitable sera, dès la garde à vue, mis en place.

De toute façon, il appartient à l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, d'exercer un contrôle effectif sur la garde à vue.

SECTION II
LE CONTRÔLE DE LA GARDE A VUE

Trois moyens permettent de contrôler la régularité des gardes à vue et de protéger le justiciable des abus dont il peut être victime : il s'agit, en premier lieu, du contrôle de l'autorité judiciaire (&I), en second lieu, de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires (&II) et enfin, de la consignation des diligences de l'officier de police judiciaire (&III).

&I. LE CONTRÔLE DES AUTORITÉS JUDICIAIRES

Le législateur a intensifié le contrôle de l'autorité judiciaire sur la garde à vue en le confiant au magistrat compétent dès le début de la garde à vue (A), et en astreignant le procureur à un contrôle périodique des locaux de garde à vue (B).

A. L'INFORMATION DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

Puisque l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 fait du juge judiciaire le gardien des libertés individuelles et que la garde à vue est profondément attentatoire à la liberté d'aller et venir, le Code de procédure pénale place cette mesure sous le contrôle étroit, durant l'enquête, du procureur de la République et, durant l'information judciaire, du juge d'instruction. Ainsi, lorsqu'il décide une mesure de garde à vue, l'officier de police doit en informer le procureur de la République, au stade de l'enquête[1169] ou le juge d'instruction saisi des faits, si la garde à vue est décidée au cours de l'exécution d'une commission rogatoire[1170]. Depuis le 1er octobre 2004, lorsque la personne est placée en garde à vue pour l'une des infractions commises en bande organisée énumérées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale, le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue[1171]. Le législateur a nécessairement entendu que ce magistrat, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 41 et des principes généraux du Code de procédure pénale, contrôle aussitôt cette

[1169] Art. 77, al. 1er et 63, al. 1er C. pr. pén.
[1170] Art. 154, al. 1er C. pr. pén.
[1171] Art. 63-4, dernier al. C. pr. pén.

qualification, que l'appréciation initialement portée par l'officier de police judiciaire en ce qui concerne le report éventuel de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue est ainsi soumise au contrôle de l'autorité judiciaire et ne saurait déterminer le déroulement ultérieur de la procédure[1172]. De son côté, la circulaire d'application de la loi PERBEN II indique que bien qu'aucune disposition ne le précise, il va de soi que le juge d'instruction doit, comme le procureur de la République, être avisé de la qualification retenue par les enquêteurs lorsque c'est sous son contrôle que se déroule la mesure.

Sous l'empire de la loi du 4 janvier 1993, le procureur de la République ou le juge d'instruction doit être informé sans délai de tout placement en garde à vue. Pour des raisons pratiques, la loi du 24 août 1993 prévoyait un avis dans les meilleurs délais. Cependant, le Conseil constitutionnel avait émis une réserve d'interprétation sur ce point en considérant que l'autorité judiciaire assurant le respect de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution, il importait donc que les décisions prises en la matière par les officiers de police judiciaire soient portées aussi rapidement que possible à sa connaissance ; que l'expression « dans les meilleurs délais » devant s'entendre comme « prescrivant une information qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives tenant aux nécessités de l'enquête, doit s'effectuer dans le plus bref délai possible de nature à sauvegarder des droits reconnus à la personne gardée à vue » ; les mots « meilleurs délais » ne sauraient avoir pour portée de priver les magistrats concernés du pouvoir de contrôle qu'il leur appartient d'exercer[1173].

Depuis la loi du 15 juin 2000, l'officier de police judiciaire doit avertir dès le début de la garde à vue le magistrat du parquet. L'avis donné au procureur de la République marque le début de la possibilité de l'intervention de ce dernier dans la garde à vue et, par là, permet d'assurer le contrôle de l'autorité judiciaire, telle que définie à l'article 66 de la Constitution, sur les officiers de police judiciaire. Autrement dit, cet avis immédiat permet au magistrat compétent d'exercer sur la mesure de garde à vue, le contrôle dont il est légalement chargé[1174], ce qui participe des garanties de l'intéressé. En conférant au procureur de la République et au juge d'instruction le contrôle de la garde à vue, la loi donne à ces magistrats le pouvoir de s'assurer de la légalité de la mesure en elle-même, de l'accomplissement des

[1172] Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, & 33.
[1173] Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993.
[1174] Art. 41, al. 3 C. pr. pén.

formalités prescrites aux articles 63-1 et suivants, mais également la possibilité d'en infléchir le cours par les instructions qu'ils donnent. En toute hypothèse, l'effectivité du contrôle opéré, qui porte sur tous les aspects de cette mesure, et particulièrement sur le respect des droits de la personne gardée à vue, ne peut être assurée qu'à la condition que le magistrat soit informé en début de mesure.

La chambre criminelle a, par une jurisprudence bien établie fondée notamment sur la décision du Conseil constitutionnel du 11 août 1993, estimé que l'information des magistrats à qui est confié par la loi le contrôle des mesures de garde à vue doit intervenir sans délai, sauf circonstances insurmontables[1175]. Cet avis peut être prouvé par tous moyens tirés de la procédure ; la seule obligation légale consistant à avoir la certitude de sa réalité[1176]. Tout retard dans l'information du magistrat du parquet, non justifié par des circonstances insurmontables, fait nécessairement grief aux intérêts de la personne concernée et vicie la procédure, notamment lorsque cet avis est donnée au moment de recueillir les instructions du procureur sur la suite à donner à la procédure[1177]. En effet, la Cour de cassation classe le retard dans l'information de l'autorité judiciaire parmi les nullités d'intérêt privé assimilées à l'ordre public. Il ne saurait donc être admis, tant pour des raisons constitutionnelles que d'effectivité du contrôle de l'autorité judiciaire, indispensable à la protection de la liberté individuelle, que le début de ce contrôle puisse être différé pendant une plage de temps de trois heures[1178]. Dans le même sens, la chambre criminelle voit dans l'absence d'information du juge d'instruction en particulier et dans le maintien en garde à vue du suspect en violation des instructions données ultérieurement par ce magistrat une violation des dispositions combinées des articles 154 et préliminaire du Code de procédure pénale. Elle en conclut que tout retard injustifié par une circonstance insurmontable dans l'information donnée au magistrat instructeur du placement en garde à vue fait nécessairement grief aux intérêts de la personne concernée[1179].

[1175] Crim., 29 février 2000, *Bull. crim.*, n° 93, *Dr. pénal* 2000, comm. 80, obs. A. MARON.
[1176] Crim., 14 février 2001, n° 01-09.127.
[1177] Crim., 24 novembre 1998, *Bull. crim.*, n° 314; 20 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 85, *AJ pénal* 2007, p. 231, obs. ROYER, la chambre criminelle a censuré un retard de 1 heure 15 minutes non justifié par des circonstances insurmontables dans l'information du procureur de la République.
[1178] Crim., 10 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 119.
[1179] Crim., 2 février 2005, *Bull. crim.*, n° 41, *J.C.P.*, 2005.II.10111, note HENRION et ROYER, *Procédures* 2005, comm. 110, obs. J. BUISSON, *D.*, 2005, I.R., 797, *J.C.P.*, 2005.IV.1644.

Toutefois, une circonstance insurmontable, dont il appartient au juge d'en apprécier la réalité, peut justifier un retard dans l'information du procureur[1180]. Cette circonstance insurmontable doit rester celle qui empêche toute transmission de l'avis entre l'officier de police judiciaire et l'autorité judiciaire. Ainsi, un différé d'une heure 15, justifié par le transport à l'hôpital d'un gardé à vue particulièrement récalcitrant et qui refuse de recevoir des soins à l'hôpital, constitue un retard dans l'avis au procureur[1181]. En effet, l'état de santé du gardé à vue oblige les policiers qui l'interpellent à des diligences immédiates, généralement la conduite à l'hôpital, diligence dont le caractère prioritaire sur les notifications et avis découle assez naturellement de son objet : remplir un devoir d'assistance d'urgence à une personne en danger physique[1182]. Toutefois, la réalisation d'une perquisition ne constitue pas une circonstance insurmontable justifiant un retard d'une heure et demi dans l'avis au parquet[1183].

Mais, il a aussi pu être jugé qu'une garde à vue étant régulière alors que le parquet n'avait été avisé qu'à 0h 31 d'une garde à vue décidée à 22h[1184]. En outre, la 2e chambre civile de la Cour de cassation a retenu que lors d'une opération importante, durant laquelle plusieurs personnes sont arrêtées, les différentes opérations relatives aux arrestations et aux contrôles d'identité peuvent justifier un retard d'information de plus de trois heures[1185]. On rappellera que la formule utilisée pour avertir l'autorité judiciaire du placement en garde à vue est analogue à celle employée en matière de notification de ses droits à la personne gardée à vue[1186].

En revanche, la loi ne précise pas les modalités selon lesquelles le procureur de la République ou le juge d'instruction doit être averti par un officier de police judiciaire du placement en garde à vue[1187]. L'avis au magistrat compétent pourra se faire par téléphone ou par télécopie[1188]. Dans une circulaire du 10 janvier 2002, le garde des sceaux a précisé que « rien n'oblige les enquêteurs à adresser une télécopie distincte pour chaque personne gardée à

[1180] Crim., 12 avril 2005, *Bull. crim*., n° 125, *J.C.P.*, 2005.IV.2280.
[1181] Crim., 27 novembre 2007, n° 07-83.786, *Juris-Data* n° 2007-042095.
[1182] LESCLOUS, « *Un an de droit de la garde à vue* », *Dr. pénal* 2008, chron. 47.
[1183] Crim., 23 juin 2004, n° 04-82.638, *Juris-Data* n° 2004-024736 ; CA Versailles, 19 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-352294.
[1184] Crim., 3 avril 2001, n° 01-80.939, inédit.
[1185] Civ. 2e, 19 février 2004, *Bull. civ. II*, n° 70, op. cit.
[1186] Crim., 14 décembre 1999, op. cit.
[1187] Crim., 19 décembre 2000, *Bull. crim*., n° 383.
[1188] Cir. Crim. 0013 F1, 4 décembre 2000, §1.2.

vue, rien n'interdisant qu'un même envoi concerne les gardes à vue de plusieurs personnes intervenant dans la même procédure ou dans des procédures distinctes »[1189].

En pratique, il est souhaitable que l'officier de police judiciaire notifie tout d'abord à la personne gardée à vue ses droits, avant de procéder à l'information du procureur de la République. Au demeurant, l'information du magistrat intervenant juste à la suite de la notification des droits à la personne gardée à vue permettra à celui-ci d'exercer plus efficacement ses prérogatives, par exemple en autorisant l'officier de police judiciaire à différer l'information d'un proche demandée par le gardé à vue, ou en ordonnant un examen médical que le gardé à vue n'aurait pas lui-même demandé[1190]. Cependant, si la notification des droits au gardé à vue doit être différée en raison de circonstances insurmontables, l'avis au parquet ou au juge d'instruction devra, dans ce cas, intervenir avant cette notification, sauf si des circonstances rendent également cet avis momentanément impossible. Ainsi, si l'état physique ou psychique de la personne gardée à vue ne lui permet pas de comprendre ses droits et justifie le report de leur notification, il n'interdit pas de procéder sans délai à l'information du parquet, sans attendre cette notification[1191]. Le législateur du 15 juin 2000 a estimé indispensable l'instauration d'une « garde à vue mieux contrôlée comme l'un des éléments de l'encadrement juridique » imposé par « la fragilité de l'état de présumé innocent », sans en faire pour autant une « mesure judiciaire »[1192]. En particulier, aucune disposition légale n'impose que l'avertissement fait au procureur de la République du placement d'une personne en garde à vue soit consigné dans un procès-verbal dressé par l'officier de police judiciaire[1193]. Ce magistrat, d'ailleurs, est celui à qui la loi a accordé le pouvoir de contrôler les locaux de la garde à vue.

B. LE CONTRÔLE DES LOCAUX DE GARDE A VUE

Regrettant que le contrôle du ministère public, expressément prévu par la loi du 4 janvier 1993 demeure largement théorique, la loi du 15 juin 2000 a-t-elle renforcé l'obligation de contrôler la garde à vue impartie au procureur de la République, en l'astreignant à un

[1189] Circ. Crim. 2002-01 E8/10-01-2002, application des dispositions relatives à la garde à vue résultant de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence les droits des victimes, §.II.1.
[1190] Cir. Crim. 0013 F1, 4 décembre 2000, §1.1.2.
[1191] Ibid.
[1192] Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 469.
[1193] Crim., 24 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 306.

contrôle périodique des locaux de garde à vue. L'article 41, alinéa 3 tel qu'il découle de ladite loi stipule que le procureur visite les locaux de garde à vue chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par trimestre ; il tient à cet effet un registre répertoriant le nombre et la fréquence des contrôles effectués dans ces différents locaux. Pour des circonstances d'ordre pratique, la loi du 4 mars 2002 prévoit qu'il suffit une visite au moins une fois par an.

Désormais, le procureur de la République doit visiter les locaux de la garde à vue de son ressort au moins une fois par an et chaque fois qu'il l'estime nécessaire. Il devra, à cet effet, tenir un registre sur lequel il portera le nombre et la fréquence de ses visites[1194]. Ce contrôle périodique a pour objet de constater une éventuelle dégradation des conditions de détention et pour finalité de formuler des observations qui sont adressées au ministère de la justice ainsi qu'à l'administration concernée, pour apporter rapidement les solutions matérielles qui s'imposent. En application de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, depuis le 1er juillet 2007, le procureur de la République doit également adresser un rapport au procureur général concernant les mesures de garde à vue et l'état des locaux de garde à vue. Ces rapports sont transmis au garde des Sceaux qui en fait une synthèse dans un rapport annuel rendu public.

Tout local de police ou de gendarmerie susceptible de recevoir une personne gardée à vue doit tenir un registre spécial de garde à vue, où sont mentionnés les dates et heures de début et de fin de garde à vue et la durée des interrogatoires et des repos séparant ces interrogatoires[1195]. Ce registre est contrôlé à tout moment par le procureur de la République.

La circulaire d'application de la loi du 15 juin 2000 concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire dispose que la constatation des conditions de détention incompatibles avec le respect de la dignité humaine devra entrainer l'envoi d'une lettre au chef de police ou de gendarmerie et d'un rapport au procureur général, lequel devra en informer la direction des affaires criminelles et des grâces, ainsi qu'un suivi de la reforme des ces conditions de détention[1196].

[1194] Art. 41, al. 3 C. pr. pén.
[1195] Art. 65, al. 1er C. pr. pén.
[1196] Cir. Crim. 0013 F1, 4 décembre 2000, §1.3.1.

Outre le contrôle du procureur de la République, le législateur a instauré un contrôle ponctuel des parlementaires. En effet, l'article 720-1-A du Code de procédure pénale issu de la loi du 15 juin 2000, devenu l'article 719 du même Code par l'effet de la loi du 9 mars 2004, dispose que les députés et sénateurs ont la faculté de visiter à tout moment les locaux de garde à vue[1197]. Depuis le 1er janvier 2005, ils sont autorisés à visiter les locaux de garde à vue, les centres de rétention, les zones d'attente et les établissements pénitentiaires, sans limite de temps ni de lieux, sous la réserve de respecter le secret de l'enquête et de l'instruction[1198].

Aussi bien, le contrôle de l'autorité judiciaire sur la garde à vue a été renforcé par un autre moyen : c'est l'hypothèse (la question) de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires.

&II. L'ENREGISTREMENT AUDIOVISUEL DES INTERROGATOIRES

Depuis le 1er janvier 2001, la garde à vue du mineur est marquée par une particularité supplémentaire par rapport à celle des majeurs : elle fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel. En particulier, la loi du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, avait la première rendu obligatoire l'enregistrement des interrogatoires des mineurs au cours de la garde à vue (A).

Puis, la loi du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale relativement à la garde à vue, étendait la liste des prétendants à l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires aux majeurs impliqués dans les affaires criminelles, avec une entrée en vigueur au 1er juin 2008 (B).

A. L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES DES MINEURS

L'enregistrement audiovisuel ou sonore a d'abord été prévu pour l'audition des mineurs victimes d'infractions sexuelles par l'article 28 de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

[1197] La circulaire d'application précise que le procureur de la République doit en être avisé par le service de police et de gendarmerie afin qu'il puisse s'associer à cette visite.
[1198] Le député et le sénateur ne peuvent prendre connaissance du registre de garde à vue.

L'enregistrement audiovisuel a, par la suite, été étendu par l'article 14 de la loi du 15 juin 2000 aux interrogatoires des mineurs placés en garde à vue. Ainsi, lors d'une garde à vue, les interrogatoires des mineurs délinquants devaient être enregistrés. Là, il ne s'agissait plus de préserver les mineurs mais d'offrir aux délinquants privés de liberté, une sorte de garantie contre les éternels, bien que putatifs, « abus de pouvoir » des enquêteurs chargés d'une enquête judiciaire. L'enregistrement du mineur constitue un droit de la défense. Si cette règle n'est pas respectée, les droits du mineur sont bafoués ; il est ainsi porté atteinte aux droits des mineurs car l'enregistrement a pour vocation de contrôler le contenu et les formes de l'interrogatoire.

L'obligation de l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire du mineur délinquant, introduite par la loi du 15 juin 2000, a été renforcée et modifiée par la loi du 5 mars 2007[1199]. Désormais, l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945[1200], prévoyant toujours l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires des mineurs placés en garde à vue, réserve le cas particulier où l'enregistrement ne peut pas être effectué. Précisément, lorsque l'enregistrement ne peut être effectué en raison d'une impossibilité technique, il en est fait mention dans le procès-verbal d'interrogatoire qui précise la nature de cette impossibilité. Le procureur de la République ou le juge d'instruction en est immédiatement avisé. Cela dit, l'enregistrement est de droit sauf si une impossibilité technique y met obstacle, sous réserve que la nature de cette impossibilité soit mentionnée par écrit dans le procès-verbal. Encore faut-il qu'il y ait réellement un obstacle technique. A défaut d'une telle mention, la nullité de la procédure serait encourue. Dans cette logique, la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mars 2008[1201], a admis que, d'une part, la difficulté insurmontable doit être consignée au procès-verbal et celui-ci doit préciser la nature de l'obstacle rencontré ainsi que les diligences qui ont été accomplies pour le surmonter ; qu'en se bornant à faire état d'une impossibilité technique, les énonciations du procès-verbal étant beaucoup trop générales pour permettre un contrôle a posteriori ; qu'à cet égard, l'annulation étant encourue. D'autre part, l'avis du ministère public doit être immédiatement requis ; cette formalité, substantielle, a été instituée pour permettre au parquet de prendre connaissance de l'obstacle et de prescrire les mesures

[1199] Ces dispositions ont entré en vigueur le 1er Juillet 2007.
[1200] Cet article renvoie à la seule enquête de flagrance (art. 64 C. pr. pén.). Les articles 77 (enquête préliminaire) et 154 (commission rogatoire) renvoient à l'article 64 : avec beaucoup de bonne volonté, on peut donc étendre les dispositions de l'article 4-VI à ces deux hypothèses.
[1201] Crim., 26 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 77, *AJ pénal* 2008, p. 286, obs. ROYER, *D*, 2008, p. 1416, note LENA, *Dr. pénal* 2008, comm. 119.

qu'il estime opportunes ; à défaut, la nullité est encourue dans la mesure où l'inobservation de la formalité porte nécessairement atteinte aux droits du mineur. La chambre criminelle se situe sur le terrain d'une nullité d'ordre public induite par la seule inobservation des formalités prescrites.

Il est à noter que dans la formulation issue de la loi du 15 juin 2000, le défaut de l'enregistrement des interrogatoires, non justifié par une circonstance insurmontable, porte nécessairement atteinte aux intérêts des mineurs et constitue une cause de nullité automatique de la procédure[1202]. La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juin 2007[1203], a réservé néanmoins une situation dans laquelle le défaut d'enregistrement de la garde à vue ne pourrait pas être reproché aux enquêteurs. L'arrêt relève qu'aucune cause insurmontable n'avait empêché l'enregistrement prévu par le texte. Les mineurs auraient donc dû bénéficier de cette pratique qui leur évite de renouveler l'exposé des faits et permet de contrôler les formes selon lesquelles ils sont interrogés. On est dès lors en présence de garanties spécifiques d'ordre public dont l'inobservation est nécessairement constitutive d'une nullité substantielle, quand bien même le texte reste muet sur ce point. Il y a, comme l'établit Monsieur le Professeur PRADEL, une présomption irréfragable de grief.

L'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit plusieurs garanties quant aux conditions de conservation et de consultation de l'enregistrement audiovisuel des mineurs. En premier lieu, l'enregistrement original est placé sous scellé et sa copie est versée au dossier. En second lieu, alors que l'article 4 dans son ancienne rédaction, ne permettait la consultation de l'enregistrement qu'avant l'audience de jugement, en cas de contestation du contenu du procès-verbal d'interrogatoire, sur décision, selon le cas, du juge d'instruction ou du juge des enfants saisi par l'une des parties, l'enregistrement peut désormais être consulté au cours de l'instruction ou devant la juridiction de jugement, mais toujours uniquement en cas de contestation du contenu du procès-verbal d'interrogatoire. Cette consultation serait autorisée, selon le cas et le moment de la procédure, par le juge d'instruction, le juge des enfants ou le

[1202] Crim., 3 avril 2007, *Bull. crim.*, n° 104, *AJ pénal* 2007, p. 287, obs. ROYER, sur la portée de l'absence d'enregistrement audiovisuel de l'audition d'un mineur placé en garde à vue, à rapprocher, dans l'état de l'article 4 VI de l'ordonnance du 2 février 1945 antérieur à la loi du 5 mars 2007.
[1203] Crim., 12 juin 2007, pourvoi n° 07-80.194, *Juris-Data* n° 2007-039952, *Bull. crim.*, n° 155, *D.*, 2007, p. 2141, note J. PRADEL, *J.C.P. G* 2007, p. 28, note J.-Y. MARECHAL, *AJ pénal* 2007, p. 388, note S. LAVRIC.

juge de la juridiction de jugement. De plus, le visionnage pourrait également être demandé, tant par l'une des parties que par le ministère public. Toutes ces dispositions devraient favoriser un usage plus fréquent des enregistrements audiovisuels. Aussi, afin de protéger davantage les droits des parties, il est ajouté qu'au cours de l'instruction, les demandes de consultation des enregistrements seraient régies par les mêmes règles que celles applicables pour toute demande d'acte comme l'interrogatoire, l'audition d'un témoin ou la confrontation au cours de l'information et prévues à l'article 82-1 du Code de procédure pénale. Les avocats ont également le droit de consulter cet enregistrement sans pouvoir, à la différence des autres pièces ou actes du dossier, s'en faire délivrer une copie, et les communiquer à leurs clients.

Bien que l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire d'un mineur soit nécessairement protégé par les dispositions de l'article 11 du Code de procédure pénale sur le secret de l'instruction[1204], la loi du 5 mars 2007 punit la diffusion de l'enregistrement d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. Cette loi a en outre prévu que l'original de l'enregistrement et sa copie sont détruits dans un délai d'un mois à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date de l'extinction de l'action publique. C'est, d'ailleurs, par l'effet de cette loi que l'enregistrement audiovisuel a été étendu aux personnes majeures en garde à vue.

B. L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES DES MAJEURS

Une proposition de loi sénatoriale proposait dès mars 1999[1205] l'enregistrement systématique des interrogatoires de garde à vue. Selon l'exposé des motifs de cette proposition de loi, il s'agissait « de protéger le justiciable des abus dont il peut être victime, sans pour autant empêcher les enquêteurs de mener à bien leurs investigations ». La loi du 15 juin 2000 prévoyait également l'éventuelle extension de ce dispositif aux majeurs, au regard du bilan de la première année d'expérimentation de l'enregistrement des mineurs. Or ce bilan n'a jamais été dressé et le projet a été laissé en déshérence.

[1204] Sophie BOURETZ, *La garde à vue*, L'Harmattan, 2005, p. 59.
[1205] M. GUY GEOFFROY, « *Rapport sur le projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale n° 3393 »*, http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3505.asp

C'est la loi du 5 mars 2007 qui a concrétisé enfin le projet d'extension aux majeurs[1206], en introduisant dans le Code de procédure pénale un nouvel article 64-1[1207]. Comme c'est le cas actuellement pour les mineurs, cet article a posé le caractère obligatoire de l'enregistrement des interrogatoires des majeurs gardées à vue dans le cadre d'affaires criminelles[1208], dont l'initiative n'est pas laissée à la seule appréciation de l'officier de police judiciaire ou du magistrat[1209]. Présenté comme la mesure phare du nouveau dispositif législatif, l'enregistrement audiovisuel apparaît comme le moyen de sécuriser les procédures. Si cette mesure peut être interprétée comme une défiance à l'égard de la justice, elle constitue incontestablement une avancée pour les droits de la défense et les policiers qui pourront se défendre des accusations sans fondements parfois portées à leur encontre. Plus précisément, ces nouvelles dispositions sont une garantie à la fois pour les justiciables et pour les enquêteurs, en prévenant les mises en cause injustifiées dont ces derniers font parfois l'objet et en réglant les éventuelles contestations[1210].

Mais, la portée de cette innovation doit être relativisée. Le rapport Outreau avait proposé d'enregistrer toutes les gardes à vue « quelle que soit la nature de l'infraction » sur laquelle porte l'enquête. Finalement, la loi n'autorise l'enregistrement qu'en matière criminelle, les délits étant exclus du nouveau dispositif. Qui plus est, sauf décision contraire du procureur de la République qui peut ordonner l'enregistrement, la loi écarte expressément les crimes relevant de la criminalité organisée, ainsi que les crimes contre la Nation, l'Etat, la paix publique, et les infractions relevant du terrorisme. D'obligatoire, l'enregistrement devient donc facultatif, relevant de l'appréciation souveraine, voire discrétionnaire, du procureur. Il est difficile de comprendre l'exclusion de ces infractions du dispositif. En effet, les agissements les plus graves devraient en principe bénéficier des garanties les plus étendues. Il n'est pas de motif légitime justifiant de limiter les enregistrements audiovisuels aux seules affaires criminelles les moins graves : l'enregistrement de la garde à vue est à l'évidence une

[1206] Rapport n° 3125 de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, préc.
[1207] Art. 64-1, 77 et 154 C. pr. pén.
[1208] Il en est de même pour les interrogatoires du mis en examen en matière criminelle devant le magistrat instructeur.
[1209] Ces dispositions relatives à l'enregistrement des interrogatoires de garde à vue sont identiques que la mesure ait été prise au cours d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire, ou d'une instruction.
[1210] Véronique JAWORSKI, « *Le renforcement de la contradiction, l'extension des droits des parties* », www-cdpf.u-strasbg.fr/L'extension%20des%20droits%20des%20parties.htm

garantie formidable, s'il en est, du respect des droits du gardé à vue durant son audition[1211]. Au surplus, corrélativement l'enregistrement constitue un rempart contre les accusations mensongères formulées à l'encontre des policiers.

Au demeurant, comme le souligne Maître Philippe VOULAND, avocat au barreau de Marseille, « les violences policières » qui constituent encore une triste réalité « ne s'exercent pas forcément dans les affaires les plus graves »[1212]. Ainsi, en limitant le dispositif aux crimes « de droit commun », le législateur réduit considérablement la portée de la réforme, qui ne concernera vraisemblablement que « 2% des gardes à vues »[1213]. L'objectif initial du législateur, visant à sécuriser les procédures, à protéger les gardés à vue et les enquêteurs « en prévenant les mises en causes injustifiées dont ces derniers font parfois l'objet » ne semble pas atteint, en raison du manque d'ambition des dispositions finalement adoptées[1214].

Le Syndicat de la magistrature a estimé que « l'exclusion des affaires de terrorisme ou de criminalité organisée du champ de l'enregistrement va accentuer le caractère dérogatoire de la procédure suivie alors que les spécificités de la garde à vue en ces matières telles le rallongement des délais de garde à vue, le report de l'intervention de l'avocat et de l'avis aux proches justifient plus encore le recours à l'enregistrement audiovisuel. Les moyens techniques existants, et les conditions d'utilisation procédurale assignées aux enregistrements sont par ailleurs de nature à assurer parfaitement la confidentialité nécessaire aux informations recueillies dans de telles affaires »[1215].

La proposition d'étendre l'enregistrement audiovisuel à l'ensemble des gardes à vue a été reprise par le Comité Léger. Mais, l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale ignore cette recommandation. Selon l'article 327-18, les auditions des personnes placées en

---

[1211] Daoud EMMANUEL et Mercinier EMMANUEL, « *Garde à vue* », *AJ pénal*, 2008, p. 269

[1212] Philippe VOULAND, « *Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense ?* », *AJ p*énal 2007, comm. 117.

[1213] Ibid.

[1214] Stéphanie ROTH, « *Les dispositions relatives à la poursuite et à l'enquête* », http://www-cdpf.u-strasbg.fr/Les%20dispositions%20relatives%20%C3%A0%20la%20poursuite%20et%20%C3%A0%20l%E2%80%99enqu%C3%AAte.htm

[1215] V. Syndicat de la Magistrature, « *Projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, adopté par l'Assemblée nationale le 19 décembre 2006* », préc. : « *La garde à vue est une atteinte grave aux libertés qui doit être garantie par des contrôles extérieurs en particulier le droit pour la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat et d'avoir accès à son dossier. S'il constitue une avancée certaine, le seul enregistrement audiovisuel des auditions, par ailleurs limité aux affaires criminelles, ne répond pas à cet objectif* ».

garde à vue en matière criminelle font l'objet d'un enregistrement audiovisuel. Il en est de même, sur décision de l'officier de police judiciaire ou du procureur de la République ou sur demande de la personne gardée à vue, des auditions en matière délictuelle. Les auditions dans les affaires de trafic de stupéfiants, de crime organisé et de terrorisme demeurent exemptées de l'enregistrement dans la proposition de loi actuelle, sauf si le procureur de la République le demande[1216].

Une fois exécutée, la consultation ne pourra avoir lieu qu'en cas de contestation du contenu du procès-verbal d'interrogatoire, uniquement au cours de l'instruction ou devant la juridiction de jugement. La décision revient au juge d'instruction ou à la juridiction de jugement, à la demande du ministère public ou d'une des parties. Le juge ne pourra rejeter une telle demande que par une ordonnance motivée rendue dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande écrite et motivée. A défaut de réponse dans ce délai, la partie pourra directement saisir le président de la chambre de l'instruction. Cependant, contrairement aux autres pièces de la procédure, les avocats des parties ne pourront pas se faire délivrer copie de l'enregistrement et en transmettre la reproduction à leur client. La nouvelle loi a donc encadré l'usage ou la consultation des enregistrements afin de prévenir tout abus de système.

Certaines dérogations ont été apportées à l'obligation d'un enregistrement audiovisuel. D'une part, lorsque l'enregistrement ne peut être effectué en raison d'une impossibilité technique, le procureur de la République ou le juge d'instruction devra alors en être immédiatement informé et mention de cette impossibilité et de sa nature sera faite dans le procès-verbal d'interrogatoire. Mais, que recouvre cette « impossibilité technique » ? Faut-il entendre par là l'absence de matériel audiovisuel au sein du commissariat ? Une panne des équipements d'enregistrement ? Le risque est néanmoins que l'impossibilité technique, qui n'est pas définie par la loi, ne soit invoquée par pure commodité. Il est donc à espérer qu'en pratique le procureur de la République ou le magistrat instructeur exercera sur ce point un contrôle et prenne le temps de vérifier auprès des services de police ou de gendarmerie s'il n'est pas possible de procéder à l'enregistrement par d'autres moyens, en transférant par exemple l'intéressé dans un autre local doté d'un équipement fonctionnel.

[1216] Art. 327-26 de l'avant-projet.

D’autre part, lorsque le nombre de personnes gardées à vue, à interroger simultanément, au cours de la même procédure ou de procédures distinctes, est trop important et fait obstacle à l’enregistrement de tous les interrogatoires, l'officier de police judiciaire en réfère sans délai au procureur de la République ou au juge d’instruction. Celui-ci pourra choisir, par décision écrite versée au dossier, au regard des nécessités de l’enquête, la ou les personnes dont les interrogatoires ne seront pas enregistrés[1217]. Mais, comment savoir à l’avance quel interrogatoire mérite d’être enregistré ? Quels seront les critères retenus pas le parquet pour prendre sa décision ? Rien n’est précisé. La loi mentionne simplement d’une décision prise « en fonction des nécessités de l’enquête ». Le syndicat de la Magistrature a d’ailleurs considéré que soumettre à l'autorisation du parquet la décision de dispense d'enregistrement lorsque le nombre des personnes gardées à vue rend impossible l'enregistrement de toutes les auditions, porte atteinte au principe aux droits de la défense. Dans les cas où il est prévu, l'enregistrement doit être systématique et leur absence sanctionné par la nullité de la procédure. Il appartient aux pouvoirs publics de doter les services de police et de gendarmerie des moyens nécessaires à l'exercice de leurs missions[1218].

Ces dispositions relatives à l’enregistrement de la garde à vue ont entré en vigueur le 1er juin 2008. Toutefois, jusqu’à cette date, le procureur de la République ou le juge d'instruction avait la possibilité, d'office ou à la demande de l'officier de police judiciaire, d'ordonner qu’il soit procédé à un enregistrement audiovisuel. Le fait de diffuser un enregistrement est un délit puni d’un an d’emprisonnement et de 15000 euros d’amende. Les enregistrements sont détruits cinq ans après la date de l’extinction de l’action publique. Deux ans après l’entrée en vigueur du nouveau dispositif, le gouvernement soumettra au Parlement un rapport sur le bilan de sa mise en œuvre et présentera les possibilités de son extension.

Enfin, il est à noter que la garde à vue ne se limite pas aux seuls interrogatoires enregistrés. Il s’agit avant tout d’un enfer dans lequel une pression psychologique maximale peut facilement être exercée sur la personne innocente, fragilisée par le désarroi : isolement, menaces hors enregistrement et n’apparaissant pas dans le procès verbal, manipulations diverses, fausses informations, manque de sommeil, privation de nourriture, chantage sont

[1217] Art. 64-1, al. 5 C. pr. pén.
[1218] V. Syndicat de la Magistrature, « *Projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, adopté par l'Assemblée nationale le 19 décembre 2006* » préc.

autant d'éléments qui peuvent conduire l'innocent épuisé à suivre les conseils des enquêteurs et à tomber dans le piège du scénario favorable à l'accusation[1219]. Ainsi, si l'enregistrement des interrogatoires officiels repris dans le procès verbal a pour objectif d'arbitrer les contestations se rapportant aux conditions d'interrogatoire, il ne sera toutefois d'aucun secours pour éviter l'emballement d'un dossier.

De toute façon, le législateur se montre particulièrement strict quant à la consignation dans un procès-verbal des mesures pratiquées.

&III. LA CONSIGNATION DES DILIGENCES DE L'OFFICIER DE POLICE JUDICIAIRE

Selon l'article 63-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire doit, dès le début de la garde à vue, consigner par écrit et faire émarger par la personne gardée à vue l'avertissement relatif à ses droits ; en cas de refus d'émargement, il en est fait mention. La Cour de cassation a toutefois cassé un arrêt d'une chambre d'accusation qui avait annulé le procès-verbal de notification rédigé sept heures après le placement en garde à vue : « Attendu que, si les procès-verbaux de police doivent (...) être rédigés sur-le-champ, la consignation, par procès-verbal ultérieur au placement en garde à vue, de l'accomplissement des formalités attachées à l'exécution de cette mesure, n'a pas pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, dès lors que celle-ci a été immédiatement avisée de ses droits »[1220].

Par ailleurs, l'article 64 du Code de procédure pénale impose à l'officier de police judiciaire de mentionner sur le procès-verbal d'audition de toute personne gardée à vue les motifs de la garde à vue, la notification des droits et des demandes tendant à faire prévenir un proche, à être examiné par un médecin et à s'entretenir avec un avocat[1221], la durée des interrogatoires auxquels la personne gardée à vue a été soumise et des repos qui ont séparé ces interrogatoires, le jour et l'heure à partir desquels elle a été gardée à vue, ainsi que le jour et

[1219] Voir blog des innocents injustement accusés, http://blogdesinnocents.canalblog.com/archives/605___loi_outreau_du_5_mars_2007/index.html
[1220] Crim., 21 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 127, *D.* 2000, I.R., p. 153. Rappr. Crim., 1er février 1995, *Gaz. Pal.*, 1995.II.334 ; 6 décembre 1995, *Bull. crim.*, n° 369.
[1221] Civ. 2e, 23 janvier 2003, *Bull. civ.*, n° 13 ; Civ. 2e, 24 avril 2003, *Bull. civ.*, n° 108.

l'heure à partir desquels elle a été soit libérée, soit amenée devant le magistrat compétent. Depuis le 1er janvier 2001, le procès-verbal doit mentionner également les heures auxquelles le gardé à vue a pu s'alimenter. Cette mention a pour effet de renforcer le contrôle de l'autorité judiciaire sur les conditions dans lesquelles s'est déroulée la garde à vue, afin qu'elle puisse apprécier la validité des déclarations faite par le gardé à vue pendant sa détention. Lorsque le gardé à vue est mineur, le procès-verbal doit mentionner l'information des parents et les diligences effectuées par l'officier de police judiciaire pour garantir ses droits à être défendu. La mention de ces éléments doit être spécialement émargée par les personnes intéressées, et, au cas de refus, il en est fait mention.

Les mentions et émargements concernant les dates et heures de début et de fin de garde à vue et la durée des interrogatoires et des repos séparant ces interrogatoires, doivent également être reportés sur un registre spécial que doit détenir chaque local de police ou de gendarmerie susceptible de recevoir une personne gardée à vue[1222]. En outre, dans les services où les officiers de police judiciaire sont astreints à tenir un carnet de déclarations, de telles mentions et émargements doivent être portés sur ledit carnet. Seules les mentions sont reproduites au procès-verbal qui est transmis à l'autorité judiciaire[1223].

Ces précisions fournies sur le déroulement de la garde à vue, il convient de s'interroger sur les sanctions applicables en cas de non-respect de la loi.

[1222] Art. 65, al. 1 C. pr. pén.
[1223] Art. 65, al. 2 C. pr. pén.

SECTION III
LA SANCTION DE L'IRRÉGULARITÉ DE LA GARDE A VUE

L'officier de police judiciaire qui déciderait une garde à vue en dehors ou en violation des dispositions de la loi, ou qui commettrait des extensions sera soumis à des sanctions. Ces sanctions de violations des dispositions de fond et de forme sont d'ordre civil, pénal ou disciplinaire. Elles s'attachent d'abord à la personne de l'officier de police judiciaire responsable qui peut être poursuivi en cas de garde à vue arbitraire[1224], mais aussi à la garde à vue elle-même qui peut être annulée ainsi que tous les actes subséquents.

Le législateur de 1958, en permettant le recours à la garde à vue aussi bien dans le domaine de la flagrance ou de l'enquête préliminaire, qu'à l'occasion de l'exécution de commissions rogatoires, n'a pas, en revanche, prévu la nullité des actes accomplis en violation des nouvelles dispositions. La loi du 4 janvier 1993 a institué de droits nouveaux pour la personne placée en garde à vue : droit à un examen médical dès le début de la mesure, droit d'informer un de ses proches, droit à un entretien avec un avocat. Elle prévoyait en outre une liste de nullités automatiques en cas de violation de certains textes, au nombre desquels figurait la plupart des dispositions relatives à la garde à vue. En d'autres termes, les formalités générales de la garde à vue, les conditions de prolongation ainsi que l'information du gardé à vue de ses droits constituaient des obligations impératives sanctionnées en cas d'inobservation par une nullité textuelle automatique. Il aurait ainsi suffit qu'une garde à vue soit affectée d'une cause de nullité pour que les procès-verbaux de garde à vue soient annulés dans leur ensemble.

Ce mécanisme protecteur fut abrogé par la loi du 24 août 1993 qui réinscrivit à l'article 171 du Code de procédure pénale la règle « pas de nullité sans grief ». Cet article se borne à décider qu'il y a nullité « lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent Code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». Désormais, les causes de nullités de la garde à vue sont substantielles et soumises à l'exigence d'un grief.

[1224] Art. 432-4 C. pén.

La jurisprudence apporte plus que la loi en matière d'annulation des procès-verbaux établis pendant la garde à vue. Pendant très longtemps, elle s'est montrée hostile à ce type d'annulation. Elle considérait par principe que « les règles légales de la garde à vue ne sont pas prescrites à peine de nullité et que leur inobservation ne saurait par elle-même entrainer la nullité des actes de la procédure lorsqu'il n'est pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés fondamentalement viciés »[1225], ce qui limitait les cas dans lesquels la nullité pouvait être prononcée.

Devant les critiques de la doctrine -pour laquelle cette preuve est quasi-impossible-, la chambre criminelle a modifié sa jurisprudence. Depuis 1996, la Cour de cassation réserve un traitement particulier à la sanction de l'inobservation de l'article 63-1 du Code de procédure pénale relatif à la notification des droits. Si, dans un premier temps, la chambre criminelle refuse d'annuler la procédure dans l'hypothèse où la tardivité de la notification des droits n'avait pas nui à l'intéressé[1226], elle se montre aujourd'hui plus sévère : « tout retard injustifié dans la mise en œuvre de l'obligation de notifier les droits attachés au placement en garde à vue, dès que la personne retenue se trouve en état d'âtre informée, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne ; l'irrégularité emporte forcement préjudice »[1227].

Même sévérité dans l'hypothèse du dépassement de la durée légale de la garde à vue prévu par la loi. La chambre criminelle considère qu'un tel dépassement est une cause de nullité car il constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée[1228]. Est également nulle la garde à vue qui a été prolongée sans présentation préalable de l'intéressé au magistrat chargé de décider cette prolongation[1229]. De même, le défaut de notification de la

[1225] Crim., 17 mars 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11641, note P. CHAMBON ; 10 octobre 1968, *J.C.P.*, 1969.II.15741, note P. CHAMBON ; 21 octobre 1980, *D.*, 1981.104, note D. MAYER ; 11 juin 1985, *Bull. crim*., n° 226 ; 22 décembre 1987, *D.*, 1989.323, note Julien LAFERRIERE ; 26 février 1991, *Bull. crim*., n° 97, *D.*, 1992, Somm., 99, obs. J. PRADEL.

[1226] Crim., 18 juillet 1995, *Bull. crim*., n° 258 ; 6 décembre 1995, *Bull. crim*., n° 369, *D*. 1996, I.R., p. 61: ces arrêt visaient l'article 171 C. pr. pén.

[1227] Crim., 30 avril 1996, *Bull. crim*., n° 182, *R.S.C.*,1996.879, obs. J.-P. DINTILHAC ; 3 décembre 1996, *Procédures* 1997, comm. 68, obs. J. BUISSON ; 29 avril 1998, *Bull. crim*., n° 145, *R.S.C.*, 1998.785, obs. J.-P. DINTILHAC ; 8 juillet 1998, *R.S.C.*, 1998.785, obs. J.-P. DINTILHAC ; 2 décembre 1998, *Dr. pénal* 1999, comm. 136, note A. MARON ; 29 février 2000, *Bull. crim*., n° 93, *Procédures* 2000, comm. 154, note J. BUISSON, *Dr. pénal* 2000, comm. n° 81 ; 10 mai 2000, op. cit ; 31 mai 2007, *Bull. crim*., n° 146. Rappr. Civ. 2e, 24 février 2000, *Bull. Civ*. II, n° 34.

[1228] Crim., 13 février 1996, op. cit. Rappr. Crim., 15 décembre 1999, *Bull. crim*., n° 311.

[1229] Crim., 11 février 1998, *Bull. crim*., n° 55 ; 13 octobre 1998, *Bull. crim*., n° 259, l'absence de présentation, exigée par l'art. 77, al. 2 C. pr. pén., entraîne la nullité de la procédure.

prolongation de la garde à vue à la personne concernée porte nécessairement atteinte aux intérêts de celle-ci[1230]. En outre, la Cour de cassation sanctionne sévèrement tout retard dans l'information donnée au procureur de la République du placement en garde à vue d'une personne, non justifiée par des circonstances insurmontables ; un tel retard fait nécessairement grief à l'intéressé[1231]. Par exemple, la nullité est encourue lorsque le procureur est informé après un retour de perquisition, alors que la garde à vue a commencé trois heures plus tôt[1232]. Toutefois, dans ces différentes hypothèses,- bien que, matériellement, les causes de nullité obéissent au régime d'ordre public -, on ne peut pas dire qu'il s'agisse d'une nullité d'ordre public. Ces causes de nullité appartiennent toujours aux nullités d'ordre privé, soumises à l'exigence d'un grief.

La Cour de cassation estime en revanche que la méconnaissance des règles relatives à l'examen médical ne constitue une atteinte aux droits de la personne qu'en cas de grief caractérisée. Ainsi, l'irrégularité tendant au défaut de versement au dossier d'un certificat médical n'est une cause de nullité que si elle a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne[1233]. Par cette jurisprudence, la Cour entend marquer que les dispositions de l'article 63-3 du Code de procédure pénale, relatives à l'examen médical de la personne gardée à vue, ne sont pas d'ordre public et ne peuvent pas davantage être analysées en des normes régissant directement les droits de la défense, dont la violation cause « une atteinte nécessaire » aux droits de la partie concernée. Dès lors, la méconnaissance des règles relatives à l'examen médical n'entraîne pas ipso facto une atteinte aux droits de la personne concernée ni, consécutivement, l'annulation de la garde à vue ainsi affectée, en dehors de toute démonstration d'un grief caractérisé, contrairement à ce qui avait été décidé pour la violation des normes régissant l'entretien avec l'avocat[1234]. Ainsi, pour qu'une demande d'annulation de la garde à vue prospère, la partie concernée doit démontrer que la violation des normes régissant l'examen médical a entraîné une atteinte à ses droits. C'est dire que les juridictions du fond devront, au cas d'une requête pour les chambres de l'instruction ou d'une exception de nullité pour les juridictions de jugement, examiner concrètement la situation en cause avant de statuer.

[1230] Crim., 30 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 26.
[1231] Crim., 24 novembre1998, *Bull. crim.*, n° 314, irrégularité de la procédure dans le cas d'un retard d'une heure 15 en dépit d'un surcroît de travail pour les policiers.
[1232] Crim., 10 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 119.
[1233] Crim., 25 février 2003, *Bull. crim.*, n° 50, *R.S.C.*, 2004.421, obs. J. BUISSON.
[1234] Jacques BUISSON, « *Garde à vue, examen médical* », *R.S.C.*, 2004.421.

Cependant, par un arrêt du 27 octobre 2009, la chambre criminelle précise qu'il résulte de l'article 63-3 du Code de procédure pénale que la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts[1235]. Cet arrêt s'inscrit dans la lignée des arrêts relatifs aux droits des personnes gardées à vue et apporte une nouvelle pierre à cet édifice : la présomption de grief en cas de non respect du certificat médical rédigé par le médecin ayant examiné la personne en garde à vue. Cette jurisprudence n'opère pas un revirement mais permet aux conseils de gardés à vue d'obtenir plus facilement la nullité de la procédure.

Il faut encore rappeler que l'enregistrement audiovisuel des déclarations des mineurs en garde à vue est regardé comme une disposition substantielle par la jurisprudence, d'où l'annulation d'une procédure menée sans enregistrement, sauf circonstances insurmontables[1236]. En effet, dans un arrêt du 3 avril 2007, la Chambre criminelle considère que « le défaut d'enregistrement audiovisuel des interrogatoires d'un mineur placé en garde à vue, non justifié par une circonstance insurmontable, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée »[1237]. Au visa des articles 67 et 64-1 du Code de procédure pénale, et de la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, la Cour d'Appel de Versailles a annulé le 9 janvier 2009 le procès verbal d'interrogatoire d'un gardé à vue pour délit flagrant pour défaut d'enregistrement audiovisuel[1238].

Mais, la nullité d'une garde à vue est sans effet sur les actes antérieurs régulièrement accomplis[1239]. Ainsi, l'irrégularité tenant à l'absence de notification de ses droits à la personne gardée à vue ne peut affecter la régularité des procès-verbaux d'interpellation et de dépôt de plainte[1240]. Dans un arrêt du 30 avril 1996[1241], une Cour d'appel, après avoir à juste titre relevé un retard injustifié dans la notification de ses droits à la personne gardée à vue, avait, en revanche, cru pouvoir annuler l'intégralité de la procédure de comparution immédiate à laquelle avait été soumis l'intéressé. Sa décision a été censurée aux motifs que « la nullité

[1235] Crim., 27 octobre 2009, pourvoi n° 09-82.505.
[1236] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., p. 516.
[1237] Crim., 3 avril 2007, *D.*, 2007.2141, note J. PRADEL, *J.C.P.*, 2007.II.10131, note MARECHAL, *AJ pénal* 2007, p. 287, obs. ROYER. Rappr. Crim., 12 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 155; 26 mars 2008, n° 07-88.554.
[1238] CA Versailles, n° 09/00165.
[1239] Crim., 6 mars 2001, *Dr. pénal* 2001, comm. 80 ; 22 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 242.
[1240] Crim., 6 mai 2003, *Bull. crim.*, n° 93; 4 janvier 2005, *Bull. crim.*, n° 3.
[1241] Crim., 30 avril 1996, *Bull. crim.*, n° 182.

d'une garde à vue est sans effet sur les actes relatifs à l'interpellation régulière de la personne concernée » et que, dès lors, en l'espèce, la régularité du procès-verbal d'interpellation du prévenu, en flagrant délit, ne pouvait être affectée par la nullité d'actes ultérieurement accomplis. C'est un raisonnement identique qui a conduit à la cassation prononcée par l'arrêt du 6 mai 1997[1242]. Après avoir constaté la méconnaissance de la formalité substantielle relative à la notification des droits de l'intéressé, poursuivi pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique, la cour d'appel avait annulé les deux procès-verbaux de dépistage et de vérification de l'état alcoolique du prévenu, alors que le premier de ces actes n'était pas en cause et que les mentions du second, en ce qu'elles concernaient les résultats du premier contrôle du taux d'alcoolémie, effectué avant le placement en garde à vue, ne pouvaient être affectées par l'annulation de cette mesure. La censure est donc intervenue dans cette espèce par l'énoncé d'un principe de portée plus générale, bien que pouvant paraître d'une évidence manifeste, selon lequel « la nullité d'une garde à vue est sans effet sur les actes antérieurs régulièrement accomplis »[1243].

Bien plus, la nullité d'une garde à vue n'entraîne l'annulation des actes subséquents qu'à la condition que ces derniers aient eu pour support nécessaire la mesure annulée[1244]. La Cour de cassation a ainsi jugé que le juge pouvait refuser d'étendre l'annulation des procès-verbaux relatifs à la garde à vue d'une personne et ceux de son audition au cours de cette mesure à l'interrogatoire de première comparution et à d'autres pièces de la procédure dès lors que les actes annulés n'étaient pas le support des actes subséquents de la procédure[1245]. Elle a également approuvé une chambre de l'instruction d'avoir refusé d'étendre l'annulation des actes qu'elle prononçait en raison de l'information tardive du magistrat aux perquisitions dans l'appartement de la personne gardée à vue et à la fouille de son véhicule effectuées pendant cette mesure, au motif que celles-ci n'avaient pas pour préalable nécessaire le placement en garde à vue de la personne concernée[1246]. Elle a encore jugé que l'irrégularité d'un placement en garde à vue n'avait pas affecté la mise en examen et le placement en détention provisoire qui s'en étaient suivis dès lors que, d'une part, la garde à vue n'était pas

[1242] Crim., 6 mai 1997, *Bull. crim*., n° 177 ; 9 juin 1999, *Bull. crim*., n° 129.
[1243] Anne-Marie BATUT, « *Le contrôle de la garde à vue par la chambre criminelle* », *art. préc.*
[1244] Crim., 26 janvier 2000, *Bull. crim*., n° 46, *Dr. pénal*, comm. 95, obs. A. MARON ; 29 février 2000, *Bull. crim*., n° 91 ; 28 mars 2000, *Bull. crim*., n° 137 ; 27 juin 2000, *Bull. crim*., n° 246, *Dr. pénal* 2000, comm. 108, obs. A. MARON ; 15 octobre 2003, *Bull. crim*., n° 193 ; 10 décembre 2003, *Bull. crim*., n° 243; 4 janvier 2005, op. cit. ; 12 avril 2005, op. cit. ; 26 mars 2008, n° 07-88.554.
[1245] Crim., 19 avril 2000, *Bull. crim*., n° 160.
[1246] Crim., 31 octobre 2001, *Procédures* 2002, comm. 35.

le préalable nécessaire à ces actes et que, d'autre part, le juge d'instruction n'avait pu fonder sa décision que sur des pièces antérieures à celles annulées, la personne gardée à vue n'ayant fait aucune déclaration au cours de l'exécution de cette mesure[1247].

Enfin, la personne faisant l'objet d'une mesure de garde à vue, qui s'estime victime d'un préjudice résultant d'une telle violation peut engager à l'encontre de l'Etat une action en responsabilité qui relève de la compétence des juridictions judiciaires parce que l'acte générateur du dommage relève de la police judiciaire[1248].

[1247] Crim., 26 mai 1999, *Dr. pénal* 1999, chron. 28, obs. A. MARON.
[1248] CA Paris, 14 juin 1996, *Gaz. Pal*., 1996.

CONCLUSION PARTIE II

Pour poursuivre avec célérité les auteurs d'une infraction, il est nécessaire de pouvoir les confondre par le rassemblement de preuves. Il y a donc obligation de rechercher partout les éléments utiles à la manifestation de la vérité. Face au principe de l'inviolabilité du domicile, le législateur a donné aux enquêteurs la possibilité de fouiller et de s'emparer des objets pour les mettre à la disposition de la justice. Il s'agit de la perquisition et de son accessoire la saisie. Par ailleurs, avec l'évolution de la science et des techniques, de nouveaux modes de preuves ont été développé pour détecter et confondre les malfaiteurs. Ils consistent en des enregistrements dissimulés qui prennent la forme d'écoutes téléphoniques ou encore de sonorisations et de fixations d'images. Outre ces attributions, les officiers de police judiciaire ont la possibilité de garder dans les locaux de la police ou de la gendarmerie, pendant une durée légalement déterminée, toute personne à l'encontre de laquelle existent des soupçons de participation à une infraction, aux fins d'interrogatoires. Cette mesure coercitive constitue la pierre de voûte des investigations. Parce que ces différentes procédures vont, au cours de leur déroulement, de par leur nature même, occasionner des atteintes aux droits fondamentaux, elles sont étroitement réglementées et soumises à un régime juridique précis, et ce à la fois pour respecter ces droits, comme pour permettre une répression effective de la criminalité. Les enquêteurs sont tenus de respecter en tous points les garanties fixées par le législateur et de protéger les citoyens, sans mettre en péril leur liberté ou leur vie privée. La méconnaissance des règles procédurales ainsi imposées peut conduire à la nullité de l'acte illégalement accompli ; des poursuites pénales peuvent en outre atteindre l'enquêteur ayant commis le délit de violation de domicile dans l'exercice de ses fonctions.

Au fil de notre étude, on a pu constater que la France a été amenée à modifier parfois et à plusieurs reprises ses textes législatifs. De nombreuses modifications ne sont en réalité que la traduction en droit français des engagements internationaux de la France. Il faut bien évidemment souligner l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Très logiquement, certaines dispositions du Code de procédure pénale ont été modifiées à la suite de condamnations de la France par la Cour européenne des droits de

l'homme. Le législateur a ainsi réglementé les écoutes téléphoniques pour mettre le droit français en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, des modifications importantes du Code de procédure pénale ont eu pour objectif de tirer les conséquences des décisions de la Cour européenne concernant d'autres pays et de se conformer à la jurisprudence générale des juges européens. De ce point de vue, la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes est une grande œuvre de la législation française. Rendue nécessaire par le développement de la jurisprudence tant européenne que nationale, cette loi a permis à la France de se mettre au niveau de ses voisins européens en matière de protection des droits de l'homme, sans pour autant mettre fin à la spécificité de sa procédure. Elle a inséré, en tête du Code de procédure pénale, un article préliminaire énonçant les principes fondamentaux de la procédure pénale. Cet article formule de manière similaire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme de grands principes affirmés par le droit européen comme le droit au procès équitable, le principe du contradictoire, la séparation des autorités de poursuite et de jugement, le droit à la défense, le droit à être jugé dans un délai raisonnable, la nécessité et la proportionnalité des mesures de contrainte, le respect de la dignité[1249]…

La loi sur la présomption d'innocence a en outre apporté de modifications majeures sur le régime de la garde à vue. Riche et ambitieux, ce texte vise à mieux garantir les droits des personnes mises en cause par la justice en harmonisant la législation avec les normes européennes. Il dispose de nouvelles dispositions qui vont théoriquement dans ce sens, comme l'interdiction de la garde à vue pour les témoins, le renforcement du contrôle de l'autorité judiciaire sur la garde à vue et la présence de l'avocat dès les premières heures de la mesure. Mais, dans cette dernière hypothèse, le progrès que constitue une présence plus affirmée de l'avocat en garde à vue est timide ; les règles françaises de garde à vue empêchaient l'avocat d'accomplir sa mission conformément aux règles européennes qui garantissent les droits de la défense. Bref, l'intervention de l'avocat n'est qu'un soutien et un outil destiné à prévenir les abus les plus criants ; il ne s'agit pas encore d'organiser la défense des clients, ce qui est sans doute regrettable.

[1249] Les dispositions de l'article préliminaire s'inspirent également des principes dégagés par le Conseil constitutionnel notamment sur l'égalité entre les parties, la non-discrimination entre les personnes poursuivies et le respect des droits de la défense.

Les transformations de la criminalité et la volonté de renforcer, en conséquence, la lutte contre la délinquance organisée sont enfin à l'origine de nombreuses modifications de la procédure pénale. Ces formes particulières de criminalité, par nature clandestin, nécessitent, pour la découverte des preuves qui les caractérise, la mise en œuvre de moyens d'enquête particuliers ; car les moyens classiques que confère le droit commun se sont vite révélés insuffisants et peu efficaces. C'est pourquoi, le législateur est intervenu, afin de lutter plus efficacement contre ces formes de délinquance grave, en instituant des règles de procédure spéciales en matière de garde à vue, de perquisitions, d'écoutes téléphoniques et de sonorisations et fixations d'images.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Aujourd'hui comme hier, la société ne peut pas imaginer qu'une infraction reste impunie ou non élucidée. Notre actualité est faite tous les jours d'affaires qui sont ré ouvertes ou élucidées plusieurs années après la commission de l'infraction[1250]. C'est pourquoi, la poursuite des auteurs d'une infraction reste une priorité et la loi charge donc la police judiciaire de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte, et d'exécuter les délégations du juge d'instruction lorsqu'une telle information est ouverte[1251].

Certes, il est souhaitable de rechercher les malfaiteurs avec rapidité et certitude, et de les livrer à la justice ; mais, on ne saurait admettre que la fin puisse justifier tous moyens. Ainsi, le législateur, la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'Homme, ont mis des limites à l'action des policiers, procureurs et juges d'instruction qui risque de léser des valeurs inévitablement mises en cause : présomption d'innocence, procès équitable, droit au secret professionnel, droit à la vie privée et à l'inviolabilité du domicile, droit à la liberté et à l'intégrité physique, droit au secret de la correspondance,..., bref toutes ces valeurs relevant du respect des droits de la défense et des droits de l'Homme. C'est pourquoi, certainement depuis l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'Homme, le respect de ces droits fondamentaux, est un objectif à part entière de la procédure pénale, des poursuites en particulier, à côté de l'autre objectif qui est la recherche de la vérité[1252]. Tout l'art consiste à trouver un équilibre acceptable entre les intérêts de la société, aspirant à une répression effective de la criminalité, et la nécessaire protection de l'individu, toujours présumé innocent.

En bref, quoique la manifestation de la vérité soit l'objectif capital du procès pénal, cette vérité ne peut se faire à n'importe quel prix. Face aux menaces pesant sur les libertés fondamentales, la mission du droit est de protéger les citoyens. La loi a ainsi réglementé certains procédés d'obtention d'éléments de preuve, rendant indirectement illicites certains autres procédés ; la jurisprudence ayant dégagé, en outre, le concept de loyauté dans la recherche de la preuve[1253]. La liberté proclamée par l'article 427 du Code de procédure pénale

---

[1250] http://www.e-juristes.org/expose-enquete-preliminaire-flagrance-et-commission-rogatoire-1377/
[1251] Art. 14 C. pr. pén.
[1252] Daniel BERNARD, « *Les objectifs de la poursuite* », *art. préc.*
[1253] Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., p. 109.

doit se combiner avec la présomption d'innocence, avec le principe de légalité, avec l'exigence d'équité du procès équitable et, plus généralement, avec l'ensemble des droits et libertés fondamentaux.

Au cœur d'un conflit entre la protection des droits fondamentaux et la nécessité de garantir l'efficacité des investigations, la procédure pénale n'a cessé d'être agitée. Depuis 1985, de nombreuses et fréquentes réformes législatives sont intervenues. On peut citer, à titre d'exemple, la loi du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale**,** la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Néanmoins, certains projets ont été abrogés même avant leur mise en œuvre, ou n'ont pas été mis en application faute de moyens : le dernier exemple en est la loi du 5 mars 2007 instituant la collégialité de l'instruction votée à l'unanimité après l'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau, et aussitôt désavouée par l'exécutif. Ces modifications incessantes ont abouti à une procédure pénale illisible pour le justiciable et complexe pour les praticiens. Un consensus se dégage donc sur la nécessité de réécrire le Code de procédure pénale qui est devenu abscons[1254].

En particulier, face au désordre d'un Code de procédure pénale maintes fois modifié par des réformes ponctuelles décidées sans souci de cohérence globale, la refonte totale du dispositif apparaissait comme la seule méthode envisageable et il faut louer l'avant-projet du futur Code de procédure pénale d'avoir opté pour cette solution ambitieuse[1255]. En effet, la procédure pénale doit garantir les libertés individuelles et sa lisibilité est indispensable. Or, il est décevant que le projet présenté ne soit pas complet[1256].

En réalité, l'avant-projet de loi, ayant repris les grandes lignes du rapport Léger, dessine une nouvelle procédure pénale entièrement soumise au parquet, dont la dépendance à l'égard du pouvoir exécutif est maintenue. Il parachève un mouvement qui tend à déposséder de ses attributions le juge indépendant au profit du procureur dépendant et celui-ci au bénéfice

[1254] En ce sens, Henri LECLERC, « *Le temps de la réflexion est indispensable* », *art. préc*., p. 167 : « Notre Code actuel comporte une multitude de dispositions, parfois incohérentes ; la rédaction est de plus en plus tortueuse, des alinéas sont en contradiction avec d'autres ».

[1255] Valérie MALABAT, « *L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : Refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale* », *art. préc*., p. 162.

[1256] Le projet de loi ne cesse de mettre en avant l'objectif de découverte de la vérité.

du policier. Il propose donc un modèle DELMAS-MARTY, sans modifier le statut du parquet. Néanmoins, ce projet ne propose que des ajustements limités en matière d'accès à un avocat pour les suspects en garde à vue.

La mise sous contrôle de l'exécutif des enquêtes et des poursuites pénales, qui constitue une des principales caractéristiques de ce projet, est en effet porteuse de dangers : celui d'une justice pénale tournant le dos au principe d'égalité, celui d'une justice pénale ne présentant pas les garanties qu'exige la préservation des libertés et droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La suppression de la procédure d'instruction ne pourrait évidemment, pour éviter les interventions du politique, garantir les libertés et être compatible avec les exigences européennes, s'effectuer qu'après avoir accordé un statut garantissant l'indépendance des magistrats du parquet dans la conduite des enquêtes.

Ainsi, afin de s'assurer que la réforme du Code de procédure pénale soit conforme aux obligations de la France au regard du droit international des droits humains, le gouvernement devrait amender l'avant-projet de loi. La mise en œuvre du nouveau modèle procédural envisagé impliquait plusieurs conditions que nous considérions comme « indissociables ».

Tout d'abord, il faudrait impérativement octroyer, en contrepartie de la suppression du juge d'instruction, un statut indépendant au parquet, - qui dégagerait sa carrière de la décision politique en la confiant au Conseil supérieur de la magistrature-, conformément aux exigences imposées par la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit là d'une question de libertés individuelles. L'exercice des fonctions d'investigation rendant nécessaires le renforcement des garanties statutaires d'indépendance et d'impartialité du ministère public. De cette manière, le politique ne pourrait être tenté d'influencer discrètement l'enquête.

En outre, il faudrait doter le juge de l'enquête et des libertés d'un vrai pouvoir de suivi ou de vérification des dossiers afin de résister aux pouvoirs exorbitants confiés au procureur de la République. Pour que son pouvoir de contrôle soit complet, il conviendrait de lui donner la possibilité d'intervenir dès le début de l'enquête et de suivre le dossier tout au long de celle-ci, et il faudrait que, dès lors qu'une enquête pénale est ordonnée, un seul juge de

l'enquête et des libertés soit désigné pour la suivre. A défaut de bien connaître le dossier, ce nouveau juge n'aura pas une vision globale de l'enquête et ne pourra pas être à même de juger de la loyauté de l'enquête. Son rôle ne doit donc pas être accessoire par rapport à celui du parquet : s'il travaille au rythme de ce dernier et des services d'enquête, il ne peut assurer pleinement son rôle de contrepouvoir.

Par ailleurs, la réforme projetée n'est viable que si l'on crée un équilibre entre l'accusation et la défense. Essentiels à la sauvegarde de la présomption d'innocence, les droits de la défense devraient être renforcés et étendus à l'ensemble des procédures, qu'il s'agisse de la possibilité de demander des actes d'investigation, de soulever des nullités devant le juge, de faire appel dans les mêmes conditions que le parquet, ou d'intervenir à la clôture de l'enquête. La personne mise en cause doit pouvoir avoir accès au dossier et faire des demandes d'actes ou d'expertises.

De même, il faudrait renforcer les droits actuellement reconnus à la personne gardée à vue, en ajoutant au droit de demander à s'entretenir avec un avocat pendant une durée de trente minutes, le droit d'être effectivement assistée par un avocat dès le début et pendant toute la garde à vue ; faute de quoi la Cour de Strasbourg n'hésite pas de condamner tôt ou tard la République française. Un avocat est efficace quand il peut conseiller son client sur sa défense, et il est, à cet égard, insatisfaisant que son rôle soit, dans le système actuel, celui d'une assistante sociale.

L'avocat devrait ainsi pouvoir participer activement à tous les interrogatoires policiers en posant des questions et en les faisant éventuellement acter[1257]. Il devrait, par ailleurs, pouvoir demander l'accomplissement d'un acte, comme par exemple l'audition d'un témoin ou une confrontation[1258]. Il devrait également avoir accès libre au dossier de la procédure et pouvoir s'entretenir avec son client pendant toute la durée de la garde à vue, sans limite de temps, afin de pouvoir assurer efficacement la noble mission qui est celle de défenseur. Seules ces propositions permettront d'assurer aux personnes gardées à vue les garanties minimales exigées par le Conseil constitutionnel et découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

[1257] Haritini MATSOPOULOU, « *Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue* », *art. préc.*, p. 26.
[1258] Ibid.

Enfin, faudrait-il encore réformer l'aide juridictionnelle censée permettre aux personnes démunies d'avoir accès à un avocat. En effet, le système en l'état proposé serait profondément inégalitaire : les personnes qui ont les moyens d'avoir un ou des avocats seraient largement favorisés par rapport à celles qui auraient recours à l'aide juridictionnelle[1259]. Une réforme de l'aide juridictionnelle évite que les auteurs d'infractions « pauvres » ne puissent s'offrir que les services de « défenseurs peu onéreux », tandis que les « riches » pourraient accéder aux « services de cabinets d'avocats célèbres et spécialisés » et s'offrir les ténors des barreaux. Pourquoi ne pas s'inspirer du système allemand qui a songé à équilibrer les parties au procès, notamment grâce au plafond des honoraires des avocats et leurs interventions pendant l'enquête ?

Quoi qu'il en soit, la réforme de la procédure pénale doit permettre à la fois de mieux garantir les droits de la défense et de faire valoir ceux tout aussi importants des victimes. Nous considérons essentiels que le futur Code soit de nature à garantir le respect du principe de l'égalité des armes, le renforcement des droits de la défense et donc du contradictoire pendant toute l'enquête, dans le respect des règles du procès équitable. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faudrait renforcer les droits des parties au détriment de l'efficacité de l'enquête. Recherche de la vérité et respect des droits fondamentaux sont indissociablement liés et doivent s'accorder entre eux.

[1259] La réforme fait grincer les dents de nombreux juristes, dénonçant les risques d'inégalité des armes entre les justiciables et l'administration. « Le juge d'instruction est un détective public gratuit, le nerf du procès va devenir l'argent ». En ce sens, Philippe Conte, « *Les propositions du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *Dr. pénal* 2009, étude n° 11, p. 8.

ANNEXE

Décision n° 2010-14/22 QPC
(M. Daniel W. et autres)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 1er juin 2010 par la Cour de cassation (arrêt n° 12030 du 31 mai 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par MM. Daniel W., Laurent D., Eddy et Driss G., Hamza F., Antonio M. et Ferat A., Mme Elena L., MM. Alexander Z., Ahmed B., Samih Z., Rachid M., Mike S., Claudy I., Grégory B. Ahmed K., Kossi H., Willy P. et John C., Mme Virginie P., MM. Mehdi T., Abibou S., Mouhssine M., Nouri G., Mohamed E., Amare K., Ulrich K., Masire N., Abelouahab S., Rami Z., Edgar A., Valentin F. et Nabil et Sophiane S., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du code de procédure pénale relatifs au régime de la garde à vue.
Il a également été saisi le 11 juin 2010 par cette même cour (arrêt n° 12041-12042-12043-12044-12046-12047-12050-12051-12052-12054 du 4 juin 2010), dans les mêmes conditions, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par MM. Jacques M., Jean C., Didier B., Bruno R., Mohammed A., François W., Jair Alonso R., Bilel G., Mohamed H. et David L., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des mêmes dispositions.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,
Vu la Constitution ;
Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
Vu le code de procédure pénale ;
Vu la loi n° 78-788 du 28 juillet 1978 portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises, notamment son article 2 ;
Vu la loi n° 85-1196 du 18 novembre 1985 modifiant diverses dispositions du code de procédure pénale et du code de la route et relative a la police judiciaire, notamment son article 1er ;
Vu la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 93-326 DC du 11 août 1993 ;
Vu la loi n° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, notamment son article 2 ;
Vu la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, notamment son article 53 ;
Vu la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, notamment son article 20 ;
Vu la loi n° 98-1035 du 18 novembre 1998 portant extension de la qualification d'officier de police judiciaire au corps de maîtrise et d'application de la police nationale ;
Vu la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, notamment son article 8 ;
Vu la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 ;
Vu la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, notamment son article 16 ;

Vu les observations produites par la SCP Piwnica et Molinié, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour MM. D. et W., enregistrées le 17 juin 2010 ;
Vu les observations produites par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour Mmes L. et P. et MM. Z., B., Z., M., S., I., B., K., H., P., C., T., S., M., G., E., K., K., N., S. et Z., enregistrées le 17 juin 2010 ;
Vu les observations produites par Me Molin, avocat au barreau de Lyon, pour MM. M., A., S., G., S. et F., enregistrées le 18 juin 2010 ;
Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées les 18 et 24 juin 2010 ;
Vu les observations produites par Me Barrere, avocat au barreau de Perpignan, pour M. R., enregistrées le 20 juin 2010 ;
Vu les observations produites par la SCP Piwnica et Molinié, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour M. M., enregistrées le 23 juin 2010 ;
Vu les observations produites par la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour M. C., enregistrées le 24 juin 2010 ;
Vu les nouvelles observations produites par Me Barrere, enregistrées le 28 juin 2010 ;
Vu les nouvelles observations produites par la SCP Piwnica et Molinié, enregistrées le 30 juin 2010 ;
Vu les nouvelles observations produites par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, enregistrées le 30 juin 2010 ;
Vu les observations produites par la SCP Bernard Peignot et Denis Garreau, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour M. G., enregistrées le 2 juillet 2010 ;
Vu les observations produites par Me Gavignet, avocat au barreau de Dijon, pour M. A., enregistrées le 2 juillet 2010 ;
Vu les observations complémentaires produites par le Premier ministre à la demande du Conseil constitutionnel pour les besoins de l'instruction, enregistrées le 16 juillet 2010 ;
Vu les pièces produites et jointes aux dossiers ;
Me Emmanuel Piwnica, Me René Despieghelaere, Me Gaël Candella, Me Eymeric Molin, Me Jean-Baptiste Gavignet, Me Marie-Aude Labbe, Me Emmanuel Ravanas, Me Hélène Farge, Me David Rajjou, Me Denis Garreau, pour les requérants, et M. François Seners, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus lors de l'audience publique du 20 juillet 2010 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les questions prioritaires de constitutionnalité portent sur les mêmes dispositions ; qu'il y a lieu, par suite, de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 62 du code de procédure pénale : « L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis.

« Les personnes convoquées par lui sont tenues de comparaître. L'officier de police judiciaire peut contraindre à comparaître par la force publique les personnes visées à l'article 61. Il peut également contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation.
« Il dresse un procès-verbal de leurs déclarations. Les personnes entendues procèdent elles-mêmes à sa lecture, peuvent y faire consigner leurs observations et y apposent leur signature. Si elles déclarent ne savoir lire, lecture leur en est faite par l'officier de police judiciaire

préalablement à la signature. Au cas de refus de signer le procès-verbal, mention en est faite sur celui-ci.
« Les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 peuvent également entendre, sous le contrôle d'un officier de police judiciaire, toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause. Ils dressent à cet effet, dans les formes prescrites par le présent code, des procès-verbaux qu'ils transmettent à l'officier de police judiciaire qu'ils secondent.
« Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition » ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 63 de ce même code : « L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République.
« La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures. Toutefois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite du procureur de la République. Ce magistrat peut subordonner cette autorisation à la présentation préalable de la personne gardée à vue.
« Sur instructions du procureur de la République, les personnes à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, à l'issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat.
« Pour l'application du présent article, les ressorts des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil constituent un seul et même ressort » ;

4. Considérant qu'aux termes de son article 63-1 : « Toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63.

« Mention de cet avis est portée au procès-verbal et émargée par la personne gardée à vue ; en cas de refus d'émargement, il en est fait mention.
« Les informations mentionnées au premier alinéa doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits.
« Si cette personne est atteinte de surdité et qu'elle ne sait ni lire ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec des sourds. Il peut également être recouru à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité.
« Si la personne est remise en liberté à l'issue de la garde à vue sans qu'aucune décision n'ait été prise par le procureur de la République sur l'action publique, les dispositions de l'article 77-2 sont portées à sa connaissance.
« Sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication des droits mentionnés aux articles 63-2 et 63-3 doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue » ;

5. Considérant qu'aux termes de son article 63-4 : « Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.
« Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.
« L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.
« À l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.
« L'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue.
« Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et selon les modalités prévues aux alinéas précédents.
« Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue » ;

6. Considérant qu'aux termes de son article 77 : « L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, garder à sa disposition toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République. La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures.

« Le procureur de la République peut, avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, prolonger la garde à vue d'un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus. Cette prolongation ne peut être accordée qu'après présentation préalable de la personne à ce magistrat. Toutefois, elle peut, à titre exceptionnel, être accordée par décision écrite et motivée sans présentation préalable de la personne. Si l'enquête est suivie dans un autre ressort que celui du siège du procureur de la République saisi des faits, la prolongation peut être accordée par le procureur de la République du lieu d'exécution de la mesure.
« Sur instructions du procureur de la République saisi des faits, les personnes à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, à l'issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat.
« Pour l'application du présent article, les ressorts des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil constituent un seul et même ressort.
« Les dispositions des articles 63-1, 63-2, 63-3, 63-4, 64, 64-1 et 65 sont applicables aux gardes à vue exécutées dans le cadre du présent chapitre » ;

7. Considérant qu'aux termes de son article 706-73 : « La procédure applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et des délits suivants est celle prévue par le présent code, sous réserve des dispositions du présent titre :

« 1° Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du code pénal ;
« 2° Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal ;
« 3° Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal ;
« 4° Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée prévus par l'article 224-5-2 du code pénal ;
« 5° Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal ;
« 6° Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal ;
« 7° Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal ;
« 8° Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal ;
« 9° Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal ;
« 10° Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal ;
« 11° Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal ;
« 12° Délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, prévus par les articles L. 2339-2, L. 2339-8, L. 2339-10, L. 2341-4, L. 2353-4 et L. 2353-5 du code de la défense ;
« 13° Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;
« 14° Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13° ;
« 15° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14°;
« 16° Délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du code pénal, lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 15°.
« Pour les infractions visées aux 3°, 6° et 11°, sont applicables, sauf précision contraire, les dispositions du présent titre ainsi que celles des titres XV, XVI et XVII » ;

8. Considérant que les requérants font valoir, en premier lieu, que les conditions matérielles dans lesquelles la garde à vue se déroule méconnaîtraient la dignité de la personne ;

9. Considérant qu'ils soutiennent, en deuxième lieu, que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer une personne en garde à vue méconnaîtrait le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ; que le procureur de la République ne serait pas une autorité judiciaire indépendante ; qu'il ne serait informé qu'après la décision de placement en garde à vue ; qu'il a le pouvoir de la prolonger et que cette décision peut être prise sans présentation de la personne gardée à vue ;

10. Considérant qu'ils estiment, en troisième lieu, que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction constitue un pouvoir arbitraire qui méconnaît le principe résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

« 11° Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal ;

« 12° Délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, prévus par les articles L. 2339-2, L. 2339-8, L. 2339-10, L. 2341-4, L. 2353-4 et L. 2353-5 du code de la défense ;

« 13° Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

« 14° Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13° ;

« 15° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14°;

« 16° Délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du code pénal, lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 15°.

« Pour les infractions visées aux 3°, 6° et 11°, sont applicables, sauf précision contraire, les dispositions du présent titre ainsi que celles des titres XV, XVI et XVII » ;

11. Considérant que les requérants font valoir, en quatrième lieu, que la personne gardée à vue n'a droit qu'à un entretien initial de trente minutes avec un avocat et non à l'assistance de ce dernier ; que l'avocat n'a pas accès aux pièces de la procédure et n'assiste pas aux interrogatoires ; que la personne gardée à vue ne reçoit pas notification de son droit de garder le silence ; que, dès lors, le régime de la garde à vue méconnaîtrait les droits de la défense, les exigences d'une procédure juste et équitable, la présomption d'innocence et l'égalité devant la loi et la justice ; qu'en outre, le fait que, dans les enquêtes visant certaines infractions, le droit de s'entretenir avec un avocat soit reporté à la quarante-huitième ou à la soixante-douzième heure de garde à vue méconnaîtrait les mêmes exigences ;

- SUR LES ARTICLES 63-4, ALINÉA 7, ET 706-73 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE :

12. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et du troisième alinéa de son article 23-5 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

13. Considérant que le Conseil constitutionnel a été saisi, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi du 9 mars 2004 susvisée ; que les requérants contestaient notamment la conformité à la Constitution des dispositions de ses articles 1er et 14 ; que, dans les considérants 2 et suivants de sa décision du 2 mars 2004 susvisée, le

Conseil constitutionnel a spécialement examiné l'article 1er qui « insère dans le livre IV du code de procédure pénale un titre XXV intitulé : " De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées " » et comportait l'article 706-73 du code de procédure pénale ; qu'en particulier, dans les considérants 21 et suivants de cette même décision, il a examiné les dispositions relatives à la garde à vue en matière de criminalité et de délinquance organisées et, parmi celles-ci, le paragraphe I de l'article 14 dont résulte le septième alinéa de l'article 63-4 du code de procédure pénale ; que l'article 2 du dispositif de cette décision a déclaré les articles 1er et 14 conformes à la Constitution ; que, par suite, le septième alinéa de l'article 63-4 et l'article 706-73 du code de procédure pénale ont déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; qu'en l'absence de changement des circonstances, depuis la décision du 2 mars 2004 susvisée, en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à un nouvel examen de ces dispositions ;

- SUR LES ARTICLES 62, 63, 63-1, 63-4, ALINÉAS 1er À 6, ET 77 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE :

14. Considérant que, dans sa décision susvisée du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel n'a pas spécialement examiné les articles 63, 63-1, 63-4 et 77 du code de procédure pénale ; que, toutefois, il a déclaré conformes à la Constitution les modifications apportées à ces articles par les dispositions alors soumises à son examen ; que ces dispositions étaient relatives aux conditions de placement d'une personne en garde à vue et à la prolongation de cette mesure, au contrôle de celle-ci par le procureur de la République et au droit de la personne gardée à vue d'avoir un entretien de trente minutes avec un avocat ; que, postérieurement à la loi susvisée du 24 août 1993, ces articles du code de procédure pénale ont été modifiés à plusieurs reprises ; que les dispositions contestées assurent, en comparaison de celles qui ont été examinées par le Conseil dans sa décision du 11 août 1993, un encadrement renforcé du recours à la garde à vue et une meilleure protection des droits des personnes qui en font l'objet ;

15. Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en oeuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale ;

16. Considérant qu'ainsi la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue ; que, si ces nouvelles modalités de mise en oeuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, il n'en résulte pas moins que, même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause ;

17. Considérant, en outre, que, dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue ; que cet article a été modifié par l'article 2 de la loi du 1er févier 1994, l'article 53 de la loi du 8 février 1995, l'article 20 de la loi du 22 juillet 1996, la loi du 18 novembre 1998, l'article 8 de la loi du 18 mars 2003 et l'article 16 de la loi du 23 janvier 2006 susvisées ; que ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale ; que, entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 ;

18. Considérant que ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées ;
. En ce qui concerne le grief tiré de l'atteinte à la dignité de la personne :

19. Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ;

20. Considérant qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en oeuvre dans le respect de la dignité de la personne ; qu'il appartient, en outre, aux autorités judiciaires compétentes, dans le cadre des pouvoirs qui leur sont reconnus par le code de procédure pénale et, le cas échéant, sur le fondement des infractions pénales prévues à cette fin, de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne gardée à vue et d'ordonner la réparation des préjudices subis ; que la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité ; que, par suite, s'il est loisible au législateur de les modifier, les dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel ne portent pas atteinte à la dignité de la personne ;

En ce qui concerne les autres griefs :

21. Considérant qu'aux termes de l'article 7 de la Déclaration de 1789 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance » ; qu'aux termes de son article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » ; que son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ;

22. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la procédure pénale ; qu'aux termes de son article 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. – L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ;
23. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que, s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ;

24. Considérant, en outre, qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire ;

25. Considérant qu'en elles-mêmes, les évolutions rappelées ci-dessus ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle ; que la garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire ; que, toutefois, ces évolutions doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense ;

26. Considérant que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet ; que l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; qu'avant la fin de cette période, le déroulement de la garde à vue est placé sous le contrôle du procureur de la République qui peut décider, le cas échéant, de sa prolongation de vingt-quatre heures ; qu'il résulte des articles 63 et 77 du code de procédure pénale que le procureur de la République est informé dès le début de la garde à vue ; qu'il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ; qu'il lui appartient d'apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ;

27. Considérant cependant, d'une part, qu'en vertu des articles 63 et 77 du code de procédure pénale, toute personne suspectée d'avoir commis une infraction peut être placée en garde à vue par un officier de police judiciaire pendant une durée de vingt-quatre heures quelle que soit la gravité des faits qui motivent une telle mesure ; que toute garde à vue peut faire l'objet d'une prolongation de vingt-quatre heures sans que cette faculté soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité ;

28. Considérant, d'autre part, que les dispositions combinées des articles 62 et 63 du même code autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue ; que son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ;

qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ;

29. Considérant que, dans ces conditions, les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées ; qu'ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

- SUR LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTION-NALITÉ :

30. Considérant, d'une part, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; que, d'autre part, si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1er juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité ; que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité,

D É C I D E :

Article 1er .- Les articles 62, 63, 63-1 et 77 du code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4 sont contraires à la Constitution.

Article 2 .- La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet le 1er juillet 2011 dans les conditions fixées au considérant 30.

les part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire ;

Article 3 .- Il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de statuer sur l'article 706-73 du code de procédure pénale et le septième alinéa de son article 63-4.

Article 4 .- La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 29 juillet 2010, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, MM. Jacques BARROT, Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 30 juillet 2010.

PROJET DE LOI

tendant à limiter et à encadrer les gardes à vue

EXPOSÉ DES MOTIFS

Le Gouvernement a mené, à la demande du Président de la République, une réflexion devant déboucher sur une réforme de l'ensemble de notre procédure pénale, dans le cadre de laquelle les modifications apportées au régime de la garde à vue doivent répondre à deux objectifs :
- maîtriser le nombre des gardes à vue, en constante augmentation depuis plusieurs années ;
- accroître de façon significative les droits des personnes gardées à vue, notamment le droit à l'assistance d'un avocat.

Ces modifications sont appelées à figurer dans le nouveau code de procédure pénale, dont une première version, rendue publique en mars 2010, a fait l'objet d'une très large concertation.

Toutefois, dans sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité en application du nouvel article 61-1 de la Constitution, a estimé que les dispositions actuelles concernant les garde à vue de droit commun n'assuraient pas une conciliation équilibrée entre la recherche des auteurs d'infractions ou la prévention des atteintes à l'ordre public et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties.

Il a jugé ces dispositions contraires à la Constitution en ce qu'elles n'encadrent pas suffisamment les conditions du placement en garde vue et de la prolongation de celle-ci, et en ce qu'elles ne prévoient pas de garanties suffisantes pour l'exercice des droits de la défense et notamment du droit à l'assistance effective d'un avocat.

Le Conseil constitutionnel a toutefois décidé de reporter l'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles au 1er juillet 2011 afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité.

La réforme de l'ensemble de la procédure pénale ne pouvant, en raison de son ampleur sans précédent, être achevée à cette date, les modifications initialement envisagées par le Gouvernement dans le cadre de cette réforme, adaptées pour tenir compte à la fois du résultat de la concertation menée depuis mars 2010 et de la décision du Conseil constitutionnel, ont été intégrées dans le présent projet de loi afin de procéder sans attendre à l'évolution des règles de la garde à vue.

Ce projet de loi réécrit entièrement les dispositions de l'actuel code de procédure pénale relatives à la garde à vue.

PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES NOUVELLES DISPOSITIONS :

Ces dispositions sont insérées dans une nouvelle section du chapitre consacré à l'enquête de flagrance. Il y est renvoyé par les dispositions sur l'enquête préliminaire et sur l'instruction. Cette section traite désormais de façon claire de la double question de l'audition du suspect et de la garde à vue, ces deux points étant en effet liés de façon indissociable.

Dans une première sous-section, il est tout d'abord traité du principe de l'audition libre du suspect, de la définition, des conditions et des modalités générales de la garde à vue.

Est en premier lieu expressément posé le principe, absent du code de procédure pénale actuel, de l'audition libre d'une personne suspectée, et du caractère subsidiaire du placement en garde à vue (nouvel article 73-1 du code de procédure pénale).

Il est dès lors logiquement précisé que le fait qu'une personne ait été interpellée par les enquêteurs n'imposera pas son placement en garde à vue dès lors que la personne consent à

être entendue librement (article 73-2). Ce consentement exprès devant alors être recueilli par un officier de police judiciaire.
La garde à vue fait par ailleurs l'objet d'une définition précise, également absente du code actuel. Les conditions d'y recourir sont désormais énumérées par la loi (article 73-3) de façon limitative et restrictive.
Les conditions légales de la garde à vue sont ainsi précisément définies.
Le nouvel article 73-4 prévoit qu'il ne pourra être procédé au placement en garde à vue d'une personne que lorsque les conditions suivantes seront remplies :
1° Il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement ;
2° Cette mesure est indispensable pour les nécessités de l'enquête ou pour le recueil de tout élément permettant au procureur de la République de décider des suites de la procédure, en ce qu'elle permet soit :
- de garantir le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs ou sa présentation ultérieure devant le procureur de la République ;
- d'empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;
- d'empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ;
- d'empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;
- de mettre en œuvre des mesures destinées à faire cesser l'infraction.
Si l'interdiction de placer une personne en garde à vue lorsqu'aucune peine d'emprisonnement n'est encourue est une nouveauté s'agissant de l'enquête préliminaire, les conditions restrictives liées à l'enquête constituent une innovation majeure.
Conformément aux exigences posées par le Conseil constitutionnel, la notification du droit au silence de la personne gardée à vue est rétablie, la personne devant être informée qu'elle a le choix, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire (article 73-5).
En raison de leur importance, les droits dont bénéficie la personne gardée à vue, et qui sont ultérieurement précisés, sont énumérés dans une disposition spécifique (article 73-6).
Le principe, fondamental, du respect de la dignité de la personne gardée à vue, est expressément énoncé (article 73-7).
Le principe, également essentiel, et qui découle des exigences constitutionnelles, du contrôle du procureur de la République sur la garde à vue est affirmé de façon explicite (article 73-8). Il est notamment précisé que ce magistrat apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits. Il est également indiqué que ce magistrat assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue et qu'il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté.
Une sous-section 2 traite du placement en garde à vue et de la durée de la mesure.
Il est rappelé que seul un officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instruction du procureur de la République, placer en garde à vue une personne lorsque les conditions prévues par la loi sont réunies, et qu'il doit alors en informer le procureur de la République dès le début de la mesure (article 73-9).
Il est désormais prévu qu'à la demande du procureur de la République, l'officier de police judiciaire doit donner connaissance à ce magistrat des raisons qui justifient le placement en garde à vue de la personne.
Si la durée de la garde à vue demeure comme aujourd'hui de vingt-quatre heures, la possibilité de prolongation pour une même durée par le procureur de la République est

désormais limitée aux crimes ou aux délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an (article 73-10).

Cette prolongation ne peut être accordée qu'après présentation préalable de la personne à ce magistrat, cette présentation pouvant intervenir par un moyen de communication audiovisuelle. Elle peut cependant, à titre exceptionnel, être accordée par une décision écrite et motivée, sans présentation préalable.
La loi précise clairement les règles concernant la fin de la garde à vue, le procureur compétent pour contrôler la mesure, et la prise en compte des délais de garde à vue dans les différentes hypothèses envisageables, notamment lorsque la mesure fait suite à une interpellation, à une audition libre ou à un placement en chambre de sûreté justifié par un état d'ivresse (articles 73-11 à 73-13).
Les droits de la personne gardée à vue font désormais l'objet d'une sous-section 3 qui leur est spécifiquement consacrée.
La notification des droits, y compris par des formulaires et par un interprète, ainsi que l'information relative à la durée de la mesure, sont prévus par les articles 73-14 et 73-15.
Le droit de faire prévenir un proche ainsi que son employeur – alors qu'aujourd'hui il s'agit d'une alternative – est prévu par l'article 73-16.
Le droit de demander à être examiné par un médecin est prévu par l'article 73-17.
Les dispositions concernant le droit à l'assistance d'un avocat, profondément remaniées afin d'accroître les droits de la défense, font l'objet d'un paragraphe spécifique.
Le droit à s'entretenir avec un avocat pendant trente minutes au début de la garde à vue puis au début d'une éventuelle prolongation de la mesure, est prévu par l'article 73-18.
A la différence du droit actuel, il est désormais prévu qu'à sa demande, l'avocat pourra consulter :
- le procès-verbal de notification de placement de la personne en garde à vue et de notification de ses droits ;
- les procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue qui ont déjà été réalisés.
Il est cependant prévu que si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à la demande de consultation des procès verbaux d'audition de la personne gardée à vue, le procureur de la République pourra décider, en considération des circonstances particulières tenant à la nécessité de rassembler ou conserver les preuves, de ne pas faire droit à la demande, lorsqu'un tiers est mis en cause ou cité dans le procès-verbal.

Est par ailleurs institué, ce qui constitue une innovation majeure, le droit pour la personne gardée à vue à être assistée par son avocat lors de ses auditions, et ce dès le début de la mesure (article 77-19).
Il est toutefois prévu que si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à cette demande, il en réfère sans délai au procureur de la République.
Le procureur pourra alors décider, en considération des circonstances particulières tenant à la nécessité de rassembler ou conserver les preuves, de différer la présence de l'avocat jusqu'à la douzième heure de la mesure.
Il est enfin prévu qu'à l'issue du ou des entretiens avec le gardé à vue, ou à l'issue de la ou des auditions au cours desquelles il a été présent, l'avocat pourra présenter des observations écrites qui seront alors jointes à la procédure (article 77-20).
Une sous-section 3 comporte enfin des dispositions diverses concernant la garde à vue.
Il s'agit notamment des dispositions sur le procès-verbal de garde à vue et le registre de garde à vue (articles 73-21 à 73-22).

La question des investigations corporelles fait l'objet de dispositions spécifiques destinées à garantir le respect de la dignité de la personne (articles 73-23 et 73-24).
Ainsi, s'agissant des mesures rendues indispensables par les nécessités de l'enquête, l'article 73-23, tout en exigeant comme actuellement l'intervention d'un médecin requis pour procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue, prévoit que les fouilles à corps intégrales devront être décidées par un officier de police judiciaire et réalisées par une personne du même sexe.
S'agissant des mesures de sécurité destinées à vérifier que la personne gardée à vue ne détient aucun objet dangereux pour elle-même ou pour autrui, l'article 73-24 prévoit qu'elles devront être limitativement énumérées par arrêté du ministère de l'intérieur.
Surtout, est désormais totalement prohibé le recours à des fouilles à corps intégrales pour des raisons de sécurité, qui sont en effet particulièrement humiliantes. Ces fouilles ne seront désormais possibles que pour les nécessités de l'enquête, comme indiqué précédemment.

DISPOSITIONS DE COORDINATION :
Ces dispositions intègrent dans la nouvelle section sur la garde à vue les dispositions, inchangées, sur l'enregistrement des auditions en matière criminelle et sur la possibilité pour une personne gardée à vue de demander au parquet la suite donnée à la procédure.
Elles étendent les nouvelles dispositions sur la garde à vue à l'enquête préliminaire et à l'instruction.
Elles réécrivent les dispositions de l'article 62 concernant notamment la rétention des témoins, pour limiter la durée de celle-ci à quatre heures et prévoir le cas où cette rétention se transforme en garde à vue, afin de prendre en compte la décision du Conseil constitutionnel.
Elles procèdent aux coordinations nécessaires avec les dispositions de l'article 706-88 du code de procédure pénale relatives aux règles de garde à vue applicable en matière de délinquance et de criminalité organisées, qui ne sont pas modifiées sur le fond dans la mesure où leur conformité à la Constitution a été réaffirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 30 juillet 2010.
Par cohérence avec la possibilité pour l'avocat d'avoir accès à certains procès-verbaux au cours de la garde à vue, l'article 803-3 permettant la rétention d'une personne déférée pendant vingt heures dans un « petit dépôt » avant sa présentation devant un magistrat est complété pour préciser que, dans cette hypothèse, l'avocat pourra demander à consulter l'intégralité du dossier de la procédure.
Il est enfin prévu l'application de la réforme sur l'ensemble du territoire de la République, et ses modalités d'entrée en vigueur sont précisées.

Les dispositions du présent projet constituent une avancée particulièrement significative pour les libertés individuelles et les droits de la défense.
Tout en maintenant l'efficacité des investigations, elles permettent à la procédure pénale de respecter pleinement les exigences d'un Etat de droit en matière de garde à vue.
Elles constituent la première phase de la refonte globale de notre procédure, qui permettra, de manière générale et à toutes les phases du processus pénal, depuis la mise en état de l'affaire, en passant par le jugement des personnes poursuivies et jusqu'à l'exécution des peines, d'aboutir à une justice pénale pleinement cohérente, plus efficace, plus équitable et plus impartiale.

CHAPITRE I[ER]

DISPOSITIONS RELATIVES A L'AUDITION DES SUSPECTS ET A LA GARDE A VUE

Article 1[er]

Après l'article 73 du code de procédure pénale, sont insérées les dispositions suivantes :

« Section 2

*« **Audition du suspect et garde à vue***

« Sous-section 1

« Principe de l'audition libre du suspect, définition, conditions

« et modalités générales de la garde à vue

« *Art. 73-1.* - Toute personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, présumée innocente, demeure libre lors de son audition par les enquêteurs.

« Elle est informée au début de son audition de la nature et de la date présumée de l'infraction dont elle est soupçonnée.

« Cette information est mentionnée dans son procès-verbal d'audition. Ce procès-verbal mentionne également que la personne accepte d'être librement entendue.

« La personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction n'est entendue sous le régime de la garde à vue que lorsque les conditions prévues par l'article 73-4 sont réunies.

« *Art. 73-2.* - Les dispositions de l'article 73-1 sont applicables y compris lorsque la personne a été interpellée.

« Dans ce cas, celle-ci est immédiatement présentée à l'officier de police judiciaire à son arrivée dans les locaux du service d'enquête. Sans préjudice des dispositions de l'article 73-4, l'officier de police judiciaire recueille le consentement exprès de la personne à demeurer dans ces locaux pendant le temps strictement nécessaire à son audition.

« Ce consentement est recueilli, le cas échéant, à l'issue du placement de la personne en chambre de sûreté en raison de son état d'ivresse conformément aux dispositions de l'article L. 3341-1 du code de la santé publique.

« Art. 73-3. - La garde à vue constitue une mesure de contrainte par laquelle une personne est, dans les conditions, selon les modalités et pour les durées prévues par la présente section, maintenue contre sa volonté à la disposition des enquêteurs au cours de l'enquête.

« *Art. 73-4.* - Il ne peut être procédé au placement en garde à vue d'une personne que lorsque les conditions suivantes sont remplies :

« 1° Il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement.

« 2° Cette mesure est indispensable pour les nécessités de l'enquête ou pour le recueil de tout élément permettant au procureur de la République de décider des suites de la procédure, en ce qu'elle permet soit :

- de garantir le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs ou sa présentation ultérieure devant le procureur de la République ;
- d'empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;
- d'empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ;
- d'empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;
- de mettre en œuvre des mesures destinées à faire cesser l'infraction.

« *Art. 73-5.* - La personne gardée à vue est informée au début de son audition :

« 1° De la nature et de la date présumée de l'infraction dont elle est soupçonnée.
« 2° Qu'elle a le choix, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.
« *Art. 73-6.* - La personne gardée à vue bénéficie des droits suivants :
- droit d'être informée sur la mesure dont elle fait l'objet conformément aux dispositions de l'article 73-15 ;
- droit deà faire prévenir un proche et son employeur conformément aux dispositions de l'article 73-16 ;
- droit d'à être examinée par un médecin conformément aux dispositions de l'article 73-17 ;
- droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat conformément aux dispositions des articles 73-18 à 73-20.
« *Art. 73-7.* - La garde à vue doit se dérouler dans des conditions matérielles assurant le respect de la dignité de la personne.
« Seules peuvent lui être imposées des mesures de sécurité strictement nécessaires, conformément aux dispositions des articles 73-23 et 73-24.
« *Art. 73-8.* - La garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République.
« Ce magistrat apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis.
« Il assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue.
« Il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté.

« Sous-section 2
« Placement en garde à vue et durée de la mesure
« *Art. 73-9.* - Seul un officier de police judiciaire peut d'office ou sur instruction du procureur de la République, placer en garde à vue une personne lorsque les conditions prévues par l'article 73-4 sont réunies.
« L'officier de police judiciaire en informe par tout moyen le procureur de la République dès le début de la mesure.
« Il l'avise de la qualification des faits qu'il a notifiée à la personne. Cette qualification peut être modifiée par le procureur de la République.
« A la demande du procureur de la République, l'officier de police judiciaire lui donne connaissance des raisons qui justifient le placement en garde à vue de la personne.
« Art. 73-10. - La durée de la garde à vue ne peut excéder vingt-quatre heures.
« Toutefois, si les nécessités de l'enquête le justifient, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite du procureur de la République, lorsqu'il lorsque la personne est suspectée d'avoir commiss'agit d' un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an.
« Cette prolongation ne peut être accordée qu'après présentation préalable de la personne à ce magistrat, cette présentation pouvant intervenir par un moyen de communication audiovisuelle. Elle peut cependant, à titre exceptionnel, être accordée par une décision écrite et motivée, sans présentation préalable.
« Art. 73-11. - A l'issue de la garde à vue, la personne est, sur instructions du procureur de la République, soit remise en liberté, soit déférée devant ce magistrat.
« Si la personne est remise en liberté à l'issue de la garde à vue sans qu'aucune décision n'ait été prise par le procureur de la République sur l'action publique, les dispositions de l'article 73-26 sont portées à sa connaissance.

« *Art. 73-12.* - Le procureur de la République compétent pour contrôler les mesures de garde à vue, en ordonner la prolongation et décider de l'issue de la mesure est celui sous la direction duquel le service ou l'unité de police judiciaire mène l'enquête.
« Le procureur de la République du lieu où est exécutée la mesure est toutefois également compétent pour la contrôler et en ordonner la prolongation.
« *Art. 73-13.* - Si la personne a été interpellée par la force publique, l'heure de son interpellation est considérée, pour la prise en comptecomputation du délai de vingt-quatre heures, comme celle du début de la garde à vue.
« Si une personne est placée en garde à vue à plusieurs reprises pour les mêmes faits, au cours de l'enquête, les heures déjà passées en garde à vue s'imputent sur les délais prévus par l'article 73-10.
« Si la personne arrêtée a été placée en chambre de sûreté en raison de son état d'ivresse conformément aux dispositions de l'article L. 3341-1 du code de la santé publique, la durée de ce placement s'impute sur les délais prévus par l'article 73-10 du présent code.
« Si la personne est placée en garde à vue à l'issue d'une retenue douanière, la durée de cette retenue s'impute sur les délais prévus par l'article 73-10.
« Si la personne est placée en garde à vue à l'issue d'une vérification d'identité, la durée de la rétention intervenue dans le cadre de cette procédure s'impute sur les délais prévus par l'article 73-10.
« Si, pendant l'audition d'une personne entendue librement ou à l'issue de celle-ci, il apparaît que celle-ci doit être placée en garde à vue, l'heure de début de son audition est considérée, pour la computation du délai de vingt-quatre heures, comme celle du début de la garde à vue.

« Sous-section 3
« Droits de la personne gardée à vue
« Paragraphe 1
« Notifications
« *Art. 73-14.* - La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits, de ses droits énumérés à l'article 73-6.
« Si la personne est atteinte de surdité et qu'elle ne sait ni ni lire ni écrire ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec elle. Il peut également être recouru à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité.
« Mention de cet avis est portée au procès-verbal et émargée par la personne gardée à vue ; en cas de refus d'émargement, il en est fait mention.
« *Art. 73-15.* - La personne est informée qu'elle est placée en garde à vue, ainsi que de la durée de la mesure et de la ou des prolongations dont celle-ci peut faire l'objet.

« Paragraphe 2
« Droits à prévenir un proche et à être examiné par un médecin
« *Art. 73-16.* - La personne placée en garde à vue peut, à sa demande, faire prévenir, par téléphone, une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et soeurs ainsi que son employeur de la mesure dont elle est l'objet.
« Si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à cette demande, il en réfère sans délai au procureur de la République qui décide s'il y a lieu d'y faire droit.

« Sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences prévues par le présent article doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a formulé sa demande.
« *Art. 73-17.* - La personne placée en garde à vue peut, à sa demande, être examinée par un médecin désigné par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire. Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien en garde à vue et procède à toutes constatations utiles.
« En cas de prolongation, elle peut demander à être examinée une seconde fois aux mêmes fins.
« Sauf en cas de circonstance insurmontable, le médecin doit être requis au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a formulé sa demande.
« A tout moment, le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire peut d'office désigner un médecin pour examiner la personne gardée à vue.
« En l'absence de demande de la personne gardée à vue, du procureur de la République ou de l'officier de police judiciaire, un examen médical est de droit si un membre de sa famille le demande ; le médecin est désigné par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire.
« A l'issue de l'examen de la personne gardée à vue, auquel il procède sans délai, le médecin rédige un certificat médical qui est versé au dossier.

« Paragraphe 3
« Droit à l'assistance d'un avocat
« *Art. 73-18.* - Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat, soit choisi par elle,, soit commis d'office. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.
« Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.
« L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien.
« La durée de l'entretien ne peut excéder trente minutes.
« L'avocat est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.
« A sa demande, l'avocat peut consulter :
« 1° Le procès-verbal de notification de placement de la personne en garde à vue et de notification de ses droits ;
« 2° Les procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue qui ont déjà été réalisées.
« Toutefois, si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à la demande de consultation des procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue, il en réfère sans délai au procureur de la République. Celui-ci peut alors décider, en considération des circonstances particulières tenant à la nécessité de rassembler ou conserver les preuves, de ne pas faire droit à la demande lorsqu'un tiers est mis en cause ou cité dans le procès-verbal.
« Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation dans les conditions et modalités prévues aux alinéas précédents**.**
« *Art. 73-19.* - La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste aux auditions dont elle fait l'objet au cours de la mesure, dès le début de celle-ci.

« Toutefois, si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à cette demande, il en réfère sans délai au procureur de la République.
Le procureur peut alors décider, en considération des circonstances particulières tenant à la nécessité de rassembler ou conserver les preuves, de différer la présence de l'avocat lors des auditions, pendant une durée ne pouvant excéder douze heures.
« *Art. 73-20*. - A l'issue du ou des entretiens prévus par l'article 77-20, ou à l'issue de la ou des auditions au cours desquelles il a été présent en application des dispositions de l'article 77-21, l'avocat peut présenter des observations écrites.
« Celles-ci sont alors jointes à la procédure.
« Sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, l'avocat ne peut faire état auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue de son entretien avec la personne, ni du contenu des procès-verbaux qui lui ont été communiqués, ni du déroulement des auditions.

« Sous-section 3
« Dispositions diverses
« *Art. 73-21*. - L'officier de police judiciaire doit mentionner sur le procès-verbal d'audition de toute personne gardée à vue la durée des interrogatoires auxquels elle a été soumise et des repos qui ont séparé ces interrogatoires, les heures auxquelles elle a pu s'alimenter, le jour et l'heure à partir desquels elle a été gardée à vue, ainsi que le jour et l'heure à partir desquels elle a été soit libérée, soit amenée devant le magistrat compétent. Il mentionne également au procès-verbal les informations données et les demandes faites en application des articles 73-16 et 73-17 et la suite qui leur a été donnée. Il indique aussi s'il a été procédé à une fouille intégrale ou à des investigations corporelles internes.
« Cette mention doit être spécialement émargée par les personnes intéressées, et, en cas de refus, il en est fait mention.
« Si pendant le temps séparant ses auditions, la personne est entendue dans le cadre d'une autre procédure, il est fait mention de ces auditions ainsi que de leur durée et le procureur de la République en est avisé.
« *Art. 73-22*. - Les mentions et émargement prévus par le premier alinéa de l'article 73-21 concernant les dates et heures de début et de fin de garde à vue et la durée des auditions et des repos séparant ces auditions ainsi que le recours à des fouilles intégrales ou des investigations corporelles internes doivent également figurer sur un registre spécial, tenu à cet effet dans tout local de police ou de gendarmerie susceptible de recevoir une personne gardée à vue. Ce registre peut être tenu sous forme dématérialisée.
« Dans les corps ou services où les officiers de police judiciaire sont astreints à tenir un carnet de déclarations, les mentions et émargements prévus à l'alinéa précédent doivent également être portés sur ledit carnet. Seules les mentions sont reproduites au procès-verbal qui est transmis à l'autorité judiciaire.
« Art. 73-23. - Lorsqu'il est indispensable, pour les nécessités de l'enquête de procéder à une fouille à corps intégrale d'une personne gardée à vue, celle-ci doit être décidée par un officier de police judiciaire et doit être réalisée par une personne de même sexe que la personne faisant l'objet de la fouille.
Lorsqu'il est indispensable, pour les nécessités de l'enquête de procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue, celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet.
« Art. 73-24. - La personne gardée à vue peut faire l'objet de mesures de sécurité destinées à vérifier qu'elle ne détient aucun objet dangereux pour elle-même ou pour autrui.

« Ces mesures sont limitativement énumérées par arrêté du ministère de l'intérieur. Elles ne peuvent consister en une fouille à corps intégrale. »

CHAPITRE II

DISPOSITIONS DE COORDINATION

Article 2

I. - Avant l'article 53, il est inséré la division suivante :

« Section 1

« Dispositions générales

II. - L'article 62 est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. 62.* - L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis.

« Les personnes convoquées par lui sont tenues de comparaître. L'officier de police judiciaire peut contraindre à comparaître par la force publique les personnes visées à l'article 61. Il peut également contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation.

« Il dresse un procès-verbal de leurs déclarations. Les personnes entendues procèdent elles-mêmes à sa lecture, peuvent y faire consigner leurs observations et y apposent leur signature. Si elles déclarent ne savoir lire, lecture leur en est faite par l'officier de police judiciaire préalablement à la signature. Au cas de refus de signer le procès-verbal, mention en est faite sur celui-ci.

« Les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 peuvent également entendre, sous le contrôle d'un officier de police judiciaire, toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause. Ils dressent à cet effet, dans les formes prescrites par le présent code, des procès-verbaux qu'ils transmettent à l'officier de police judiciaire qu'ils secondent.

« Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre ne peuvent être retenue que le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures.

« Si l'audition de la personne ainsi retenue fait apparaître l'existence de raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, sa rétention ne peut se poursuivre que si elle est placée en garde à vue conformément aux dispositions des articles 73-4 et suivants. Son placement en garde à vue lui est alors notifié. L'heure du début de son audition est alors considérée comme celle du début de la garde à vue. »

III. - Les articles 63 à 65 sont abrogés.

IV. - A l'article 67, les mots : « à 66, à l'exception de celles de l'article 64-1 » sont remplacés par les mots : « à 62 et 66 ».

V. - Après l'article 73-24, il est inséré deux articles 73-25 et 73-26 reprenant respectivement les dispositions des articles 64-1 et 77-2.

VI. - Après l'article 73-26, il est inséré la division suivante :

« Section 3

« Des enquêtes particulières »

VII. - L'article 77 est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. 77.* - Les dispositions des articles 73-1 à 73-26 relatives à l'audition des suspects et la garde à vue sont applicables lors de l'enquête préliminaire.

VIII. - Les articles 77-2 et 77-3 sont abrogés.
IX. - L'article 154 est remplacé par un article ainsi rédigé :
« *Art. 154*. - Les dispositions des articles 73-1 à 73-26 relatives à l'audition des suspects et à la garde à vue sont applicables lors de l'exécution des commissions rogatoires.
« Les attributions conférées au procureur de la République par ces articles sont alors exercées par le juge d'instruction saisi des faits, ou par celui du lieu d'exécution de la garde à vue ».**Article 3**

L'article 706-88 est ainsi modifié :
1° Au premier alinéa, les mots : « Pour l'application des articles 63, 77 et 154 » sont remplacés par les mots : « Par dérogation aux dispositions de l'article 73-10 relatives à la durée de la garde à vue ».
2° Au début du sixième alinéa, sont ajoutées les phrases suivantes :
« Par dérogation aux dispositions de l'article 73-18, lorsque la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue. »
3° Aux sixième et huitième alinéas, les mots : « par l'article 63-4 » sont remplacés par les mots : « par les cinq premiers alinéas de l'article 73-18 »
4° Au dixième alinéa, les mots : « 63-1 et 63-2 » sont remplacés par les mots : « 73-14, 73-15 et 73-16 ».
5° L'article est complété par un alinéa ainsi rédigé :
« Les dispositions des alinéas 6 à 9 de l'article 73-18 et celles de l'article 73-19 ne sont pas applicables aux personnes gardées à vue pour l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73. »

Article 4

Le deuxième alinéa de l'article 803-3 est complété par la phrase suivante :
« L'avocat peut demander à consulter le dossier de la procédure. »

Article 5

L'article 4 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante est ainsi modifié :
I. - Au III, les mots : « le quatrième alinéa de l'article 63-3 » sont remplacés par les mots : « l'article 73-17 ».
II. - La première phrase du IV est remplacée par une phrase ainsi rédigée :
« Dès le début de la garde à vue, le mineur peut demander à s'entretenir avec un avocat et que cet avocat soit présent lors des auditions, conformément aux dispositions des articles 73-18 à 73-20 du code de procédure pénale. »

Article 6

La présente loi est applicable sur l'ensemble du territoire de la République.

Article 7

La présente loi entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au *Journal officiel* et au plus tard le 1er juillet 2011.

La garde à vue
Étude de législation comparée n° 204 - 31 décembre 2009
La présente étude est consacrée à l'étude des dispositions régissant la garde à vue dans six pays étrangers : l'Allemagne, l'Angleterre et le pays de Galles, la Belgique, le Danemark, l'Espagne et l'Italie.
L'analyse comparative montre notamment que :
- la plupart des textes étrangers subordonnent le placement en garde à vue à l'existence d'une infraction d'une certaine gravité ;
- dans tous les pays sauf en Belgique, les personnes placées en garde à vue peuvent bénéficier de l'assistance effective d'un avocat dès qu'elles sont privées de liberté ;
- la durée de la garde à vue est strictement limitée par la constitution en Allemagne, en Belgique, en Espagne et en Italie, tandis qu'elle est fixée par une loi autorisant des prolongations en Angleterre et au pays de Galles ainsi qu'au Danemark ;
- en Angleterre et au pays de Galles ainsi qu'en Espagne, l'allégation de terrorisme justifie la mise en œuvre de dispositions particulières, en particulier en ce qui concerne la durée.

LE SENAT FRANÇAIS ET LA GARDE-A-VUE : ETUDE COMPAREE
Le Sénat français, deuxième chambre du Parlement, vient de publier une étude comparative concernant le sort de la garde-à-vue dans six Etats membres : Allemagne, Angleterre et Pays de Galle, Belgique, Danemark, Espagne et Italie.
Le rapport permet de démontrer les différences qui existent dans ces six pays de l'Union Européenne quant au sort des personnes suspectées dans le cadre de la période de garde-à-vue.
En Allemagne, l'assistance de l'avocat est à tout moment. Le Code de Procédure Pénale prévoit que la personne suspectée peut garder le silence et peut, y compris avant l'interrogatoire, consulter un avocat de son choix. L'interrogatoire policier peut être suspendu du fait de cette demande.
La durée de la garde-à-vue est fixée à 48 heures maximum.
En Angleterre et dans le Pays de Galles, la personne gardée à vue peut s'entretenir, à n'importe quel moment, avec un avocat. Toutefois, il est prévu que si l'attitude de l'avocat est un élément perturbateur dans le bon déroulement des interrogatoires, il pourrait être exclu. L'hypothèse est notamment celle de la réponse faite par l'avocat en lieu et place de la personne interrogée. Naturellement, la police est tenue de justifier l'exclusion de l'avocat auprès d'un Juge.
La durée de la garde-à-vue est fixée à 24 heures mais peut-être prolongée à 96 heures.
Au Danemark, les personnes suspectées et gardées à vue ont la faculté de ne pas répondre aux questions posées par la police. L'avocat peut être immédiatement contacté et assister aux interrogatoires après avec conversé avec son client.
Toutefois, une disposition très particulière existe. La police pourrait s'opposer au choix fait par la personne gardée à vue de l'avocat. En cette hypothèse, la personne doit choisir un autre. Cette disposition est assez étonnante au regard de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Ainsi, dans cette hypothèse, la police pourrait – en récusant au fur et à mesure les avocats choisis par la personne suspectée – sélectionné finalement l'avocat de son choix.
La durée de la garde-à-vue est de 24 heures. La prolongation doit être décidée par un Juge si l'infraction est punissable d'une peine de prison d'au moins 18 mois.

En Espagne, selon la Constitution et le Code de Procédure Pénale, l'avocat doit être présent lors des interrogatoires. L'avocat peut demander à ce qu'un examen médical soit effectué sur son client, peut obtenir le compte-rendu des actes de procédure auxquels il a lui-même assisté.
La durée maximum de la garde-à-vue est de 72 heures.
En Italie, la personne gardée à vue a le droit à un avocat dès son arrestation et dans tous les actes de procédure.
Toutefois, le Ministère peut décider, à titre exceptionnel, que l'avocat ne peut s'entretenir avec son client dès l'arrestation.
La durée de la garde-à-vue ne peut pas dépasser 96 heures. Le Ministère Public doit demander au Juge, dans les 48 heures, la prolongation de la mesure.
En Belgique, aucun texte ne prévoit l'assistance d'un avocat pendant la garde-à-vue. Lors de l'interrogatoire préalable au placement en détention provisoire, le suspect ne peut pas non plus être assisté par un avocat. Ce n'est qu'après avoir été placé en détention provisoire, qu'il bénéficie d'un avocat.
La durée de la garde-à-vue est prévue par la Constitution et limitée à 24 heures. Toutefois, il s'agit d'un système d'exception.
Rappelons qu'en France, l'avocat peut intervenir dès la 1ère heure puis à la 20ème heure de la garde-à-vue. Il ne participe pas aux interrogatoires et ne peut avoir accès au dossier. Il peut néanmoins s'entretenir de façon confidentielle avec son client et faire des observations sur le registre prévu à cet effet (état de santé, mauvais traitement, …).
La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, sur ces questions, a statué à plusieurs reprises et, notamment, a prévu que les aveux faits par une personne en garde-à-vue, alors même que son avocat n'était pas présent, pouvaient être discutés et contestés.
Les avocats doivent se mobiliser pour faire en sorte que cette période de garde-à-vue ne soit plus une zone de non-droit et qu'ils puissent intervenir, selon des droits garantis par la Convention Européenne, auprès des personnes gardées à vue pour s'entretenir avec elles, avoir accès à la procédure, participer aux interrogatoires, obtenir la copie des interrogatoires.
Les droits des personnes gardées à vue et la durée de la garde-à-vue devraient être fixés par les Conventions de telle sorte qu'on n'assiste pas à des variations constantes comme cela se déroule dans certains pays et notamment la France.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

ADER Henri, AMAR Henri, ARNOULD Michel, BERNARD-DOUCHEZ Marie-Hélène, BLONDET Henri-Laurent, BOULOC Bernard, DELMAS-SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, EXERTIER Raymond, FALLETTI François, GASSIN Raymond, HIDALGO Rudolph, HUET Jean-Marie, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SARDA François, SOYER Jean-Claude, VOLFF Jean, *La procédure pénale, bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, 1995.

BADINTER, Robert, *La procédure pénale en quête de cohérence : actes du cycle de conférences organisé à Paris du 19 janvier au 22 juin 2006*, Dalloz, 2007.

BEZIZ-AYACHE Annie, *Dictionnaire de droit général et procédure pénale*, 4e édition, Ellipses, 2008.

BORRICAND Jacques et SIMON Anne-Marie, *Droit pénal et procédure pénale*, 5e édition, SIREY, 2006.

BOULOC Bernard, *Procédure pénale*, 22e édition, Dalloz, 2010.

BOULOC Bernard et MATSOPOULOU Haritini, *Droit pénal général et procédure pénale*, 17e édition, Sirey, 2009.

BRIERE DE L'ISLE Georges et COGNIART Paul, *Procédure pénale*, Tome II, Armand Colin, 1972.

CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6e édition, 2002.

- *Procédure pénale*, Armand Colin, 4e édition, 2002.

DEBOVE Frédéric, FALLETTI François et JANVILLE Thomas, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 3e édition, PUF, 2010.

DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009.

DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, 15e édition, Economica, 2008.

FOURMENT François, *Procédure pénale*, 10e édition, Paradigme, 2009.

GARRAUD (R.) et (P.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, 3e édition, Paris, 1912-1928, 5 vol.

GUINCHARD Serge et BUISSON Jacques, *Procédure pénale*, 5e édition, Litec, 2009.

HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, Nypels, 1863.

- *Traité de l'instruction criminelle, Tome I*, 2e édition, Paris, 1866.
- *Traité de l'instruction criminelle*, Tome III, 2e édition, Paris, 1866-1867, 8 vol.

HUET Jean-Marie, *La procédure pénale, bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, 1995.

LARGUIER Jean, *Droit pénal général*, 20e édition, Dalloz, 2005.
- *La procédure pénale*, coll. « Que sais-je » ?, 13e édition, PUF, 2007.
- *Procédure Pénale*, 20e édition, Dalloz, 2004.

LARGUIER Jean, CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, Economica, 2008.

LEVASSEUR Georges, CHAVANNE Albert et MONTREUIL Jean, *Droit pénal général et procédure pénale*, 14e édition, Sirey, 2002.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, Tome I, Droit pénal général*, 7e édition, CUJAS, 1997.
- *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, 5e édition, CUJAS, 2001.

PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 18e édition, Cujas, 2010.
- *Droit pénal comparé*, 3e édition, Dalloz, 2008.
- *Procédure pénale*, 15e édition, Cujas, 2010.

PRADEL Jean et VARINARD André, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 6e édition, Paris, Dalloz, 2009.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal général*, 2e édition, Ellipses, 2010.
- *Procédure pénale*, Ellipses, 2010.
- *Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Dalloz, 1997.
- *Traité de procédure pénale*, 3e édition, PUF, 2005.

ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, 6e édition, PUF, 2006.

SOYER Jean-Claude, *Droit pénal et procédure pénale*, 20e édition, L.G.D.J., 2008.

STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 19e édition, Dalloz, 2010
- *Procédure pénale*, 22e édition, Dalloz, 2010.

MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand et GIACOPELLI Muriel, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, opinio doctorum, Paris, Dalloz, 2009.

VERGES Etienne, *Procédure pénale*, 2e édition, Litec, 2008.

II. OUVRAGES SPECIAUX

ACKERMANN Werner et MURAS Joëlle, *Police, justice, prisons, trois études des cas*, L'Harmattan, 1993.

ALLIX Dominique, *Les droits fondamentaux dans le procès pénal*, 2e édition, Montchrestien, 2002.

ANGIBAUD Brigitte, *Le parquet*, collection « Que sais-je ? », PUF, 1999.

ARPIN-GONNET Franck, *Le procès pénal*, 1e édition, L'Hermès, 1996.

BEKAERT Hermann, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1972.

BOURETZ Sophie, *La garde à vue*, L'Harmattan, 2005.

BRACONNAY Nicolas et DELAMARRE Manuel, *Institutions juridictionnelles*, Vuibert, 2007.

BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, La Documentation Française, 1998.

BRANLARD Jean-Paul, *L'essentiel de l'organisation judiciaire en France*, Gualino, 2002.

BRUNEAU Pierre, *Le maire, autorité de police : police municipale, police rurale, police judiciaire, police générale, polices spéciales*, Editeur DELMAS, 1995.

CADIET Loïc, *Droit judiciaire privé*, 3e édition, Litec, 2000.

CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 5e édition, Litec, 2006.

CATHALA Fernand, *Pratiques et réactions policières*, Edition du Champ-de-Mars, 1977.

CHAMBON Pierre, *Le juge d'instruction, théorie et pratique de la procédure*, 4e édition, Dalloz, 1997.

CHAMBON Pierre et GUERY Christian, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, 6e édition, Dalloz, 2007.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

DEBEAURAIN Jean, *Les institutions juridictionnelles*, 8e édition, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2006.

- *Théorie et pratique des institutions juridictionnelles*, 3e édition, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

DECOCQ André, MONTREUIL Jean et BUISSON Jacques, *Le droit de la police*, 2e édition, Litec, 1998.

DEFFERRARD Fabrice, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005.

DE LAMY Bertrand, *De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application de la chevalerie à la procédure pénale*, Mélanges Jean Pradel, Cujas, 2006.

DELMAS-MARTY Mireille, Commission justice pénale et droits de l'homme, *Rapport sur la mise en état des affaires pénales,* juin, 1990.

- (sous la direction de) *La mise en état des affaires pénales*, Documentation Française, Paris, 1991.
- *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie),* 1e édition, PUF, 1995.

DESMONTS Jean, *Eléments de droit et de pratique judiciaire, Tome I,* Librairies techniques, 1975.

DE VALKENEER Christian, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale : Analyse en droits belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais,* Larcier, 2000.

Direction du personnel et de la formation de la police, *Aspects de la criminalité et de la délinquance constatées en France en 1995 par les services de police et de gendarmerie d'après les statistiques de police judiciaire,* Documentation française, Paris, 1987.

FRICERO Nathalie, *Les institutions judiciaires : les principes fondamentaux de la justice, les organes, les acteurs,* 2e édition, Gualino, 2008.

GLEIZAL Jean-Jacques, *La police Nationale, Droit et pratique policière en France*, Presses Universitaires de Grenoble, 1974.

GONDOUIN Geneviève et ROUXEL Sylvie, *Les institutions juridictionnelles* 2e édition, PUG, 2006.

GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, 13e édition, Dalloz, 2001.

HELIE Faustin, *Pratique Criminelle des cours et tribunaux,* 6e édition, Librairies techniques, 1954, 2 vol.

HERAUD Alain et MAURIN André, *Institutions juridictionnelles*, 7e édition, Dalloz, 2008.

HERON Jacques, *Droit judiciaire privé*, 2e édition, Montchrestien, 2002.

HREBLAY Vendelin, *La police judiciaire,* coll. « Que sais-je ? », 2e édition corrigée, PUF, 1997.

LAMBERT Louis, *Formulaire des officiers de police judiciaire : Formulation, style, droit,* Editeur librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, 1985.

La procédure pénale en quête de cohérence, sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, 2007.

LASSERRE-JEANNIN Florence, *Institutions juridictionnelles et procès*, Foucher, 2007.

LE BARS Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997.

LEFEBVRE René, *La justice*, Ellipses, 2000.

Les épreuves écrites juridiques 2005-2006, Annales et sujets corrigés en collaboration avec 12 instituts d'études judiciaires sous la coordination de Frédéric DEBOVE, coll. Préparation au CRFPA, Montchrestien, 2008.

MATSOPOULOU Haritini, *Les enquêtes de police*, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 32, L.G.D.J., 1996.

MOUHANNA Christian, *Polices judiciaires et magistrats : une affaire de confiance*, Documentation Française, 2001.

PARRA Sophie et PAOLI Claude, *Code annoté de déontologie policière*, LGDJ, Paris, 1991.

PETIT Serge, *L'administration devant le juge judiciaire*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1997.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, Economica, 1999.

PRADEL Jean, *L'instruction préparatoire*, 1e édition, Cujas, 1996.
- *Le juge d'instruction*, Dalloz, 1996.
- *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : Rapports de synthèse des colloques de l'ISISC*, Erès, 1998.

RASSAT Michèle-Laure, *Institutions judiciaires*, PUF, 1993.
- *La justice en France*, coll. « Que sais-je ? », 7e édition, PUF, 2004.

RAVIER Paul (Lt–Colonel) et MONTREUIL Jean, *L'enquête de police judiciaire*, Paris, Lavauzelle, 1979.

SAINT-PIERRE François, *Le guide de la défense pénale*, 5e édition, Dalloz, 2007.

SCARANO Jean-Pierre, *Institutions Juridictionnelles*, 10e édition, Ellipses, 2007.

SCHWARTZ Laurent, *Petit manuel de garde à vue et de mise en examen*, arléa, 2002.

SOLUS Henry et PERROT Roger, *Droit judiciaire privé, Tome III*, Sirey, 1991.

STOLOCOY Nicole, *Institutions judiciaires*, 3e édition, Vuibert, 2006.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8e édition, PUF, 2006.

SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline et LEVINET Michel, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5e édition, PUF, 2009.

VALLINI et HOUILLON, *Rapport de l'Assemblée nationale n° 3125 de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau*, Documentation Française, 2006.

VAN RUYMBEKE Renaud, *Le juge d'instruction*, coll. « Que sais-je » ?, 4e édition, PUF, 2002.

VINCENT Jean, GUINCHARD Serge, MONTAGNIER Gabriel et VARINARD André, *Institutions judiciaires*, 5e édition, Dalloz, 1999.

- *La justice et ses institutions*, 4e édition, Dalloz, 1996.

VOLFF Jean, *Le ministre public*, coll. « Que sais-je ? », 1e édition, PUF, 1998.

III.THESE ET MEMOIRES

ATAYA Ali, *L'enquête de police et l'infraction flagrante en droit Libanais (étude Comparative)*, Mémoire DEA, Perpignan, 2007.

BERTRAND VINCENT Elodie, *La lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme*, Mémoire DEA, Lyon II, 2007.

BONNEVILLE Antoine, *Police administrative / police judiciaire, le cas de la fouille des véhicules*, Mémoire DEA, Paris II, 2002.

BOULOC Bernard, *L'acte d'instruction*, Thèse, Paris, 1962, publiée en 1965.

BUISSON Jacques, *L'acte de police*, Thèse, Lyon III, 1988, 2 vol.

DE GRAFFENRIED Philippe, *Actes de la police judiciaire*, Thèse, Lausanne, 1980.

ETRILLARD Claire, *Le temps dans l'investigation pénale*, Thèse, Rennes I, 2003.

FONTINHA Carla, *La notion de perquisition*, Mémoire DEA, Bordeaux IV, 2000.

IBRAHIM Jocelyne, *Les délinquants mineurs au Liban : un avenir indéterminé (Etude de Jurimétrie)*, Thèse, Montpellier I, 2006.

LEMONDE Marcel, *Police et justice : étude théorique et pratique des rapports entre la magistrature et la police judiciaire en France*, Thèse, Lyon III, 1975.

MOUYABI Gilbert, *La police judiciaire et le juge administratif : Répartition des compétences*, Thèse, Rennes I, 1986.

PORTERON Cédric, *Droit à l'information et procédure pénale, contribution à l'étude des droits de la personne poursuivie*, thèse, Nice, 2002.

TROLLIET Fabrice, *Les gardes à vue dérogatoires,* Thèse, Aix-Marseille, 2002.

Waleed Mohemed Hagag Ahmed ABDEL HAFEZ, *La preuve en matière de criminalité organisée,* Thèse, Nantes, 2004.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

AMBROISE-CASTÉROT (C.) : « *Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du graal de la vérité* », *AJ pénal*, n° 7, 2005, p. 265.

ANGEVIN (H.) : « *Un an de droit des cours d'assises* », *Dr. pénal*, n° 11, 2007, chron. n° 5, p. 27.

BLONDET (M.) : « *L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale* », *J.C.P.*, 1959.I.1513.

- « *La légalité de l'enquête officieuse* », *J.C.P.*, 1955.I.1233.
- « *Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire* », *J.C.P.*, 1956.I.1311.
- « *Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire* », *J.C.P.*, 1958.I.1419.

BONNAL (N.) : « *Juge d'instruction* », *in Rép. pén.*, Dalloz, avril 2003.

BOULOC (B.) : « *L'aveu* », *in Rép. pén.*, Dalloz, 1967.

- « *L'exercice de l'action publique et le rôle du ministère public* », *R.S.C.*, 2004, p. 677.

BOUZAT (P.) : « *La loyauté dans la recherche des preuves* », *Mélanges Hugueney*, Sirey, 1964, p. 155.

BUISSON (J.) : « *Enquête préliminaire* », *in Rép. pén.*, Dalloz, 2006, p. 5.

- « *Garde à vue, examen médical* », *R.S.C.*, 2004, p. 421.
- « *Garde à vue fractionnée pour des faits différents* », *R.S.C.*, 2005, p. 378.
- « *La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000* », *R.S.C.*, 2001, p. 25.
- « *Le placement en garde à vue* », *R.S.C.*, 2001, p. 671.
- « *Le secret professionnel « fort » n'interdit pas les perquisitions* », *Procédures*, n° 3, 2003, pp. 26 et 27.
- « *Les règles applicables au constat d'une infraction flagrante* », *J.C.P. G*, 2007, n° 41, p. 24.
- « *Loi du 15 juin 2000. Loi renforçant la présomption d'innocence. Dispositions entrant en vigueur au 1er janvier 2001* », *Procédures* 2001, comm. p. 16.
- « *Preuve* », *in Rép. pén.*, Dalloz, 2003.
- « *Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions* », *R.S.C.*, 2003, p. 393.
- « *Toute personne contrainte doit être placée en garde à vue. L'étendue de l'annulation est limitée aux actes subséquents* », *Procédures* 2003, comm. p. 20.

BURNIER (F.) et PESQUIE (B.) : « *Test de discrimination et preuve pénale* », Horizons stratégiques 2007/3, n° 5, p. 63.

BUSSY (F.) : « *L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale* », *R.S.C.*, 2007, p. 39.

CHARIOT (P.) : *« L'intervention du médecin en garde à vue* », *AJ pénal* 2004, p. 274.

COLLET-ASKRI (L.) : « *Testing or no testing*? La chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve serait-il déloyal…, à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 11 juin 2002 », *D.*, 2003, chron. p. 1309.

COMMARET (D.-N.) : « *Les métamorphoses de la preuve* », *RPDP* 2003, p. 763.

CONTE (P.) : « *L'action pénale en lévitation* », *Recueil Dalloz* 2010, p. 774.

- « *La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle* ? », *Dr. pénal*, n° 4, étude n° 8, p. 13.
- « *Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale* », *Dr. pénal*, n° 6, 2009, étude n° 11, p. 6.

DE LAMY (B.) : « *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. La lutte contre le crime organisé* », *D.*, 2004, chron. pp. 1910 et s.

DELMAS-MARTY (M.) : « *La phase préparatoire du procès pénal – Pourquoi et comment réformer ? », Les Annonces de la Seine*, 4 juin 2009, p. 2.

DREYER (E.) : « *Un an de droit européen en matière pénale* », *Dr. pénal*, n° 4, 2009, chron. p. 20.

DUMONTET (B.) : « *L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques », AJ pénal* 2004, p. 275.

EMMANUEL (D.) et EMMANUEL (M.) : « *Garde à vue », AJ pénal* 2008, p. 269.

GARDE-LEBRETON (S.) : « *L'enregistrement des interrogatoires : un rééquilibrage des forces pendant la garde à vue* », *AJ pénal*, n° 11, 2007, dossier p. 462.

GIRAULT (C.) : « *Les nullités de la garde à vue », AJ pénal*, n° 7, 2005, p. 140.

GIUDICELLI (A.) : « *La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004* », *AJ pénal* 2004, p. 261.

- *« Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra* », *AJ pénal* 2009, p. 68.
- *« Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ? »*, *R.S.C.*, 2001, p. 43.

GIUDICELLI-DELAGE (G.) : « *Le contrôle du juge », Les Annonces de la Seine 20*09, 4 juin 2009, n° 34, p. 13.

GUERIN (D.) : « *L'évolution de la notion de garde à vue* », *RPDP* 2000, p. 16.
- « *Un an d'instruction préparatoire* », *Dr. pénal*, n° 1, 2009, chron. p. 17.

GUERY (C.) : « *J'instruisais, tu instruisais.....nous instruisons* », *AJ pénal* 2006, p. 340.
- « *La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire* », *AJ pénal*, n° 3, 2007, dossier p. 105.
- « *La sonorisation : un mode légal de preuve* ? », *D.*, 2002, chron. p. 2001.
- « *Loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires* », *AJ pénal*, n° 3, 2007, p. 105.

HERZOG-EVANS (M.) : « *Fouilles corporelles et dignité de l'homme* », *R.S.C.*, 1998, p. 735.
- « *Fouilles corporelles* », *in Rép. pén.*, Dalloz, 2002.
- « *Le principe de la légalité et la procédure pénale* », *LPA*, 6 Août 1999, n° 156, p. 4.
- « *Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles* », *Gaz. Pal.*, 26 février 2002, p. 3.

LAVRIC (S.) : « *Ecoutes téléphoniques : défaut d'information du juge des libertés et de la détention sur les actes accomplis* », *AJ pénal*, n° 11, 2007, p. 487.

LAZERGES (C.) : « *Le rapport Léger : analyse des propositions* », *AJ pénal*, n° 10, 2009, p. 385.

LEBLOIS-HAPPE (J.) : « *Quelle collégialité pour l'instruction en 2010* ? », *AJ pénal*, n° 11, 2008, p. 363.

LE BORGNE : « *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe* », *RTDC* 1996.
- *« Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté »*, *AJ pénal*, n° 10, 2009, p. 400.

LECLERC (H.) : « *Le temps de la réflexion est indispensable* », *AJ pénal*, n° 4, 2010, p. 167.

LEGRAND (D.) : « *Regard critique sur les propositions de réforme de l'instruction* », *AJ pénal* 2006, p. 333.

LENNON (J.-L) : « *Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire* », *Dr. pénal*, n° 10, 2007, étude n° 21, p. 17.
- « *Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect* », *D.*, 2006, chron. p. 887.

LESCLOUS (V.) : « *L'existence d'une nullité est-elle soumise à l'exigence d'un grief ?* », *Dr. pén*al 1997, chron. p. 9.
- « *Un an de droit de la garde à vue* », *Dr. pénal*, n° 9, 2007, chron. p. 37.
- « *Un an de droit de la garde à vue* », *Dr. pénal*, n° 9, 2008, chron. p. 43.
- « *Un an de droit de la garde à vue* », *Dr. pénal*, n° 9, 2009, chron. p. 43.
- « *La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue* », *Dr. pénal*, n° 3, 2010, dossier 2.

MALABAT (V.) : « *L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : Refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ?* », *AJ pénal*, n° 4, 2010, p. 162.

MASSIAS (F.) : « *Chronique internationale des droits de l'homme* », *R.S.C.*, 2005, p. 630.

MATSOPOULOU (H.) : « *A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *J.C.P. G.*, 2009, n° 13, p. 4.

- « *A propos du rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* », *J.C.P. G.*, 2009, n° 38, pp.14-17.
- « *La coordination enquête policière et «nouvelle» instruction* », in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 193.
- « *Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010* » - Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *Dr. pénal*, n° 4, 2007, étude n° 5, p. 7.
- « *Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet* », commentaire de l'arrêt CEDH, Grde ch., ***Medvedyev et a. c. France***, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, *in : Gaz. Pal.*, 27 avril 2010, n° 117, p. 15.
- « *Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue* », commentaire de l'arrêt CEDH, ***Dayanan c. Turquie***, 13 octobre 2009, req. n° 7377/03, *in : Gaz. Pal.*, 3 décembre 2009, n° 336 à 337, p. 19.
- « *Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs* », *Dr. pénal*, n° 5, 2007, étude n° 6, p. 5.

MEINDL (T.) : « *Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction* », *R.S.C.*, 2010, p. 395.

MOLINA (E.) : *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain* », *R.S.C.*, 2002, p. 263.

MOUYSSET (O.) : « *Un an de droit pénal de la presse* », *Dr. pénal*, n° 6, 2007, chron. p. 13.

NORD-WAGNER (M.) : « *La détention provisoire : un équilibre renforcé* ? », *AJ pénal*, n° 3, 2007, dossier p. 113.

« *Pour une refondation de la procédure pénale* », Interview de Michèle Alliot-Marie, *AJ pénal*, n° 4, 2010, p. 158.

PRADEL (J.) : « *Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme* », D., 1990, chron. p. 15.

- « *L'enquête proactive* », *D.*, 1998, chron. p. 57.
- « *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution* », *D.*, 2001, chron. p. 1039.
- « *Trafic de drogue. Provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi* », *D.*, 1992, chron. p. 231.
- « *Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émise par la voie des télécommunications* », D., 1992, chron. p. 49.

- *« Vers une «aggiornamento» des réponses de la procédure pénale á la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Première partie »*, *J.C.P.*, 2004.I.132.
- *« Vers une «aggiornamento» des réponses de la procédure pénale á la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Deuxième partie »*, *J.C.P.*, 2004.I.134.

« *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal »*, *Dr. pénal*, n° 4, 2009, dossier 2, p. 7.

« *Remise du rapport Léger sur la justice pénale* », *Dr. pénal*, n° 9, 2009, p. 3.

ROBERT (M.) : « *Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un « parquetier »* », *AJ pénal*, n° 10, 2009, p. 393.

SAINT-PAU (J.-C.) : « *L'enregistrement clandestin d'une conversation »*, *Dr. pénal*, n° 9, 2008, p. 21.

SCHWENDENER (M.) : « *L'action de la police judiciaire confrontée à l'exigence de loyauté »*, *AJ pénal* 2005, p. 267.
- « *Quelle place pour la garde à vue dans la procédure pénale ? »*, *AJ pénal* 2006, p. 344.

SIZAIRE (V.) : « *Quel modèle pour l'instruction »*, *AJ pénal*, n° 10, 2009, p. 388.

VERGES (E.) : « *Provocation policière : l'évolution de la jurisprudence* », *AJ pénal* 2006, p. 354.

VLAMYNCK (H.) : « *La garde à vue du code d'instruction criminelle à nos jours »*, *AJ pénal* 2008, p. 257.
- « *Le policier et la garde à vue : remarques et interrogations »*, *AJ pénal* 2004, p. 269.
- « *Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes »*, *AJ pénal* 2004, p. 187.
- « *Première approche policière et pratique du projet de code de procédure pénale »*, *AJ pénal*, n° 4, 2010, p. 174.

VOUIN (R.) : « *Le Code de procédure pénale »*, *J.C.P.*, 1959.I.1477.

VOULAND (P.) : « *Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense ? »*, *AJ pénal*, n° 3, 2007, p. 117.
- *« Quels changements pour la pratique ? »*, *AJ pénal*, n° 4, 2010, p. 169.

V. NOTES, OBSERVATIONS, RAPPORTS ET CONCLUSIONS

ALLAIN : Obs. sous Crim. 13 décembre 2006, *AJ pénal*, n° 3, 2007, p. 140.

BAURES : Note sous Crim., 4 octobre 1968, *D.*, 1968, p. 689.

BIRSAN (C.) : Obs. sous CEDH, 16 avril 2002, *Sociétés Colas Est et autres c/ France*, *D.*, 2003, somm. p. 527.

BLANCHARD (B.) : Obs. sous Crim. 5 mai 1998, *D.*, 2000, p. 154.
- Obs. sous Crim. 5 octobre 1999, *D.*, 2000, p. 155.

BOURETZ (S.) : Note sous Soc., 2 décembre 1998, *J.C.P.*, 1999.II.10166.

BROUCHOT (J.) : Note sous Crim. 12 juin 1952, aff. *Imbert, J.C.P.*, 1952.II.7241.
- Rapport in Crim. 22 janvier 1953, aff. *Isnard, J.C.P.*, 1953.II.7456.

BUCK (V.) : Note sous Crim. 16 février 2000, *D.*, 2001, p. 61.

BUISSON (J.) : Obs. sous CEDH, 8 février 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, *Procédures* 1996, comm. 194.
- Obs. sous Crim. 4 janvier 1996, *Procédures* 1996, comm. 152.
- Obs. sous Crim. 13 février 1996, *Procédures* 1996, comm. 151.
- Obs. sous Crim. 13 février 1996, n° 95-85.676, *Procédures* 1996, comm. 230.
- Obs. sous Crim. 27 février 1996, *Procédures* 1996, comm. 121.
- Obs. sous Crim. 10 avril 1996, *Procédures* 1996, comm. 229.
- Note sous Crim. 15 janvier 1997, *Procédures* 1997, comm. 126.
- Obs. sous Crim. 2 avril 1997, *Procédures* 1997, comm. 217.
- Obs. sous Crim. 27 mai 1997, *Procédures* 1997, comm. 297.
- Obs. sous Crim. 30 mai 1997, *Procédures* 1997, comm. 275.
- Obs. sous Crim. 5 juin 1997, *Procédures* 1997, comm. 219.
- Obs. sous Crim. 11 décembre 1997, *Procédures* 1998, comm. 97.
- Obs. sous Crim. 16 décembre 1997, *Procédures* 1998, comm. 98.
- Obs. sous Crim. 11 février 1998, *Procédures* 1998, comm. 206.
- Obs. sous Crim. 4 mars 1998, *Procédures* 1998, comm. 180.
- Obs. sous Crim. 29 avril 1998, *Procédures* 1998, comm. 265.
- Obs. sous Crim. 30 avril 1998, *Procédures* 1997, comm. 68.
- Obs. sous Crim. 18 juin 1998, *Procédures* 1999, comm. 15.
- Obs. sous Crim. 24 novembre 1998, *Procédures* 1999.
- Obs. sous Crim. 13 janvier 1999, *Procédures* 1999, comm. 185.
- Obs. sous Crim. 13 avril 1999, *Procédures* 1999, comm. 185.
- Obs. sous Crim. 27 mai 1999, *Procédures*, 1999, comm. 258.
- Note sous Crim. 29 février 2000, *Procédures* 2000, comm. 154.
- Obs. sous Crim. 12 septembre 2000, *Procédures* 2001, comm. 48.
- Obs. sous Crim., 6 décembre 2000, *Procédures* 2001, comm. 115.
- Obs. sous Crim. 12 décembre 2000, *Procédures* 2001, comm. 70.
- Obs. sous Crim. 22 mai 2002, *R.S.C.*, 2002, p. 906.
- Obs. sous Crim. 25 février 2003, *R.S.C.*, 2004, p. 421.
- Note sous Crim. 6 mai 2003, *Procédures* 2003, comm. 178.
- Obs. sous Crim. 18 juin 2003, *R.S.C.*, 2004, p. 422.

- Obs. sous Crim. 25 juin 2003, *R.S.C.*, 2004, p. 427.
- Note sous Crim. 28 avril 2004, *Procédures* 2004, comm. p. 18.
- Obs. sous Crim. 2 septembre 2004, *Procédures* 2004, comm. 136, *R.S.C.*, 2005.378.
- Obs. Sous Crim. 14 septembre 2004, n° 04-83.754, *R.S.C.*, 2005.389.
- Obs. sous Crim. 1er décembre 2004, *Procédures* 2005, comm. 76.
- Obs. sous Crim. 5 janvier 2005, *R.S.C.*, 2005, p. 373, *Procédures* 2005, comm. 111.
- Obs. sous Crim. 2 février 2005, *Procédures* 2005, comm. 110.
- Obs. sous Crim. 27 septembre 2005, *Procédures* 2005, comm. 288.
- Obs. sous Crim. 4 janvier 2006, *Procédures* 2006, comm. 86.
- Note sous Crim. 18 janvier 2006, *Procédures* 2006, comm. 85, *R.S.C.*, 2006, p. 413.
- Obs. sous Crim. 9 août 2006, *Procédures* 2006, comm. 278.
- Obs. sous Crim. 7 février 2007, *Procédures* 2007, comm. 147.
- Note sous Crim. 11 juillet 2007, *J.C.P.*, 2007.II.10168.
- Obs. sous Crim. 12 février 2008, *Procédures* 2008, comm. 218.
- Obs. sous Crim. 17 septembre 2008, *Procédures* 2009, comm. 24.
- Obs. sous Crim. 13 novembre 2008, *Procédures* 2009, comm. 64.

CERE (J.-P.) : Note sous Crim. 29 septembre 1999, *D.*, 2000, p. 374.

CHAMBON (P.) : Note sous Crim. 16 décembre 1954, *J.C.P.*, 1955.II.8509.
- Note sous Crim. 17 mars 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11641.
- Note sous Crim., 10 octobre 1968, *J.C.P.*, 1969.II.15741.
- Note sous Crim. 18 décembre 1989, *J.C.P.*, 1990.II.21530-21531.
- Note sous Crim. 6 février 1996, *J.C.P.*, 1996.II.22634.

CHARBONNIER (M.-E.) : Obs. sous Crim. 7 février 2007, *AJ pénal* 2007, p. 233.

COMBALDIEU (R.) : Concl. In Paris, ch. acc., 24 janvier 1952, S., 1952.2.93.

COMMARET (D.N.) : Note sous Crim. 30 juin 1999, *R.S.C.*, 1999, p. 820.

- Obs. sous Crim. 25 octobre 2000, *R.S.C.*, 2001, p. 407.
- Note sous Crim. 4 janvier 2006, n° 05-86.086, *R.S.C.*, 2006, chron. p. 341.

CONTE (P.) : Note sous Crim. 5 décembre 2000, *J.C.P.*, 2001.II.10615.
- Note sous Crim. 14 novembre 2001, *J.C.P.*, 2002.II.10060.
- Note sous Crim. 4 janvier 2005, *J.C.P.*, 2005.II.10176.

COSSON : Note sous Crim. 24 avril 1984, *D.*, 1986, p. 125.

COSTE (J.) : Note sous Crim. 17 mars 2004, *AJ Pénal* 2004, p. 248.
- Note sous CEDH, 1er avril 2004, *AJ pénal* 2005, p. 206.
- Note sous Crim. 2 septembre 2004, *AJ pénal* 2004, p. 409.

COULON (J.) : Note sous Crim. 24 février 1999, *D.*, 1999, p. 560.

DAROLLE : Note sous Crim. 27 janvier 1987, *D.*, 1988, p. 179.

DAVIA (J.) : Note sous Crim. 8 novembre 1979, aff. *Trignol*, *J.C.P.*, 1980.II.19337.

DECOCQ (A.) : Obs. sous Cons. const. 12 janvier 1977, *R.S.C.*, 1977, p. 62.

DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.) : Obs. sous Crim. 12 mai 1992, *R.S.C.*, 1993, p. 93.

DEMARCHI (J.-R.) : Note sous Crim. 7 février 2007, *D.*, 2007, p. 2012.

DI MARINO : Note sous Crim. 9 octobre 1980, *J.C.P.*, 1981.II.19578.

DINTILHAC (J.-P.) : Obs. sous Crim. 3 avril 1995, *R.S.C.*, 1995, p. 609.
- Obs. sous Crim. 30 avril 1996, *R.S.C.*,1996, p. 879.
- Obs. sous Crim. 11 février 1998, *R.S.C.*, 1998, p. 583.
- Obs. sous Crim. 29 avril 1998, *R.S.C.*, 1998, p. 785.
- Obs. sous Crim. 8 juillet 1998, *R.S.C.*, 1998, p. 785.

Di RAIMONDO (L.) : Note sous CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c/ France, D.*, 2005, p. 1299.

DOBKINE (M.) : Note sous Cons. const. 2 mars 2004, *D.*, 2004, p. 956.

DOUCET : Note sous Crim. 18 octobre 1989, *Gaz. Pal.*, 1990, p. 20.
- Obs. sous Crim. 11 juillet 1990, *Dr. pénal* 1990, comm. 281.
- Note sous Crim. 8 avril 1998, *Gaz. Pal.*, 1998.II.139.

DRAGO : Note sous CE, 11 mai 1951, *S.* 1952.3.13.
- Note sous T. confl. 7 juin 1951, *S.*, 1952.3.13.

DUPARC (C.) : Obs. sous Crim. 2 décembre 2009, *AJ pénal*, n° 4, 2010, p. 200.

DUPEUX (J.-Y.) : Obs. sous Crim. 5 décembre 2000, *D.*, 2002, p. 2769.

ENDERLIN (S.) : Obs. sous Crim. 13 octobre 2004, *AJ pénal* 2004, 451.
- Obs. sous Crim. 5 janvier 2005, *AJ pénal* 2005, p. 119.
- Obs. sous Crim. 7 octobre 2004, *AJ pénal* 2005, p. 30.

FILNIEZ : Note sous Crim. 23 mai 2006, *R.S.C.*, 2006, p. 853.

FOURMENT (F.) : Obs. sous Crim. 30 octobre 2006, *J.C.P.*, 2007.II.10054.

FRANCILLON (J.) : Note sous Crim. 5 décembre 2000, *R.S.C.*, 2001, p. 604.
- Note sous Crim. 30 octobre 2006, *R.S.C.*, 2007, p. 106.
- Obs. sous Crim. 7 février 2007, *R.S.C.*, 2007, p. 560.

FRICERO (N.) : Obs. sous CEDH, 25 février 2003, *Roemen c/ Luxembourg, D.*, 2003, somm. p. 2271.

GACON (H.) : Note sous Civ., (1e section), 10 mai 2006, n° 04.50-171, *AJ pénal* 2006, comm. 414.
- Obs. sous Civ., (1e section), 27 mars 2007, *AJ pénal*, n° 5, 2007, pp. 231-232.

GARE (T.) : Note sous Crim. 30 mars 1999, *D.*, 2000, p. 391.

GIRAULT (C.) : Note sous Crim. 11 mai 2004, *J.C.P.*, 2004.II.10124.
- Note sous Crim. 18 janvier 2006, *AJ pénal* 2006, p. 126.
- Obs. sous Crim. 18 janvier 2006, *D.*, 2006, p. 392.
- Note sous Crim. 14 février 2006, n° 05.86.058, *AJ pénal* 2006, p. 176.
- Obs. sous Crim. 23 mars 2006, *AJ pénal* 2006, p. 367.
- Obs. sous Crim. 23 mai 2006, *AJ pénal* 2006, p. 367.
- Obs. sous Crim. 31 octobre 2006, *AJ pénal*, n° 1, 2007, p. 36.
- Obs. sous Crim. 13 décembre 2006, *AJ pénal*, n° 3, 2007, p. 140.
- Obs. sous Crim. 3 mai 2007, *AJ pénal*, n° 7-8, 2007, p. 329.

GIUDICELLI (A.) : Obs. sous Crim. 12 décembre 2000, *R.S.C.*, 2001, p.610.
- Obs. sous Crim. 23 mars 2004, *R.S.C.*, 2004, p. 672.
- Obs. sous Crim. 27 septembre 2005, *R.S.C.*, 2006, p. 104.

G.L. : Note sous Crim. 11 septembre 1933, *D.*, 1937.I.40.

GOLLETY (M.) : Note sous Crim. 4 juin 1953, *D.*, 1954, p. 147.
- Note sous Crim. 16 décembre 1954, *D.*, 1955, p. 89.

GONDRE (J.-F.) : Note sous Douai, 8 septembre 1960, *J.C.P.*, 1960.I.11777.

GUEDJ (A.) : Note sous Crim. 30 octobre 2006, *D.*, 2007, p. 1240.

HAMON (L.) : Note sous Cons. const. 12 janvier 1977, *D.*, 1978.I.173.

HENNION-JACQUET (P.) : Note sous CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, *D.*, 2005, p. 2575.

HENRION (H.) et ROYER (G.) : Note sous Crim. 2 février 2005, *J.C.P.*, 2005.II.10111.

HERZOG-EVANS (M.) : Obs. sous Crim. 4 janvier 2005, *AJ pénal* 2005, p. 409.

JEANDIDIER (W.) : Note sous Crim. 30 mai 1980, *D.*, 1981, p. 533.
- Note sous Crim. 12 février 1985, *J.C.P.*, 1986.II. 20587.
- Note sous Crim. 15 mai 1990, *J.C.P.*, 1990.II.21451.
- Note sous Crim. 15 avril 1991, *J.C.P.*, 1992.II. 21795.
- Note sous Crim. 4 septembre 1991, *J.C.P.*, 1992.II.21802.

J.M.R. : Obs. sous Crim. 11 juin 1970, *D.*, 1971, p. 321.

J.-Y. (M.) : Note sous Crim. 12 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-039952, *J.C.P. G* 2007, p. 28.

KOBINA GABA (H.) : Note sous Soc., 2 décembre 1998, *D.*, 1999, p. 431.
- Note sous Soc., 30 juin 2004, *D.*, 2004, p. 2326.

KOERING-JOULIN (R.) : Obs. sous CEDH, 23 avril 1998, *Bernard c/ France*, *R.S.C.*, 1999, p. 404.
- Obs. sous CEDH, 9 juin 1998, *Texeira de Castro c/ Portugal*, *R.S.C.*, 1999, p. 401.
- Obs. sous CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France, R.S.C.*, 1999, p. 384.

LAFERRIERE (J.) : Note sous Crim. 22 décembre 1987, *D.*, 1989, p. 323.

LAPP (C.) : Note sous Crim. 22 janvier 1953, *D.*, 1953, p. 533.

LARGUIER (J.) : Note sous Crim. 16 mars 1961, *J.C.P.*, 1961.II.12157.

LAVRIC (S.) : Note sous Crim. 12 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-039952, *AJ pénal* 2007, p. 388.
- Obs. sous Crim. 26 juin 2007, *AJ pénal*, n° 11, 2007, p. 487.
- Obs. sous Crim. 4 juin 2008, *D.*, 2008, somm. p. 1766.
- Obs. sous Crim. 17 septembre 2008, *AJ pénal* 2008, comm. 467.

LEAUTE (J.) : Note sous Cons. const. 12 janvier 1977, *D.*, 1978.I.173.

LEBLOIS-HAPPE (J.) : Obs. sous Crim. 30 mars 2004, *AJ pénal* 2005, p. 248.
- Obs. sous Crim. 4 janvier 2005, *AJ pénal* 2005, p. 160.
- Obs sous Crim. 6 septembre 2006, *AJ pénal*, n° 1, 2007, p. 34.

LEGAL (A.) : Note sous Crim. 12 juin 1952, aff. *Imbert*, *S.*, 1954.I.63.

LENA (M) : Note sous Crim. 26 mars 2008, *D*, 2008, p. 1416.

LENNON (J.-L.) : Note sous Crim. 4 janvier 2005, *D.*, 2005, p. 761.

LE PAVEC (J.) : Note sous crim. 19 juin 1957, *D.*, 1958, p. 563.

LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.) : Obs. sous Crim., 2 mars 1993, *Dr. pénal* 1993, chron. 59.
- Obs. sous Crim. 11 mai 1993, *Dr. pénal* 1993, chron. 34.
- Obs. sous Crim. 9 mars 1994, *Dr. pénal* 1994, chron. 40.
- Obs. sous Crim. 20 décembre 1994, *Dr. pénal* 1995, chron. 17.
- Obs. sous Crim. 23 mai 1995, *Dr. pénal* 1995, chron. 42.

LEVASSEUR (G.) : Obs. sous Crim. 9 octobre 1980, *R.S.C.*, 1981, p. 879.

LEVY (J.-P.) : Note sous CA Douai, 14 avril 1993, *Gaz. Pal.*, 1993.I.274.

MARCUS-HELMONS (S.) : Note sous CEDH, 7 août 1996, *Allenet de Ribemont c/ France*, *RTDH* 1998, p. 65.

MARECHAL (J.-Y.) : Note sous Crim. 3 avril 2007, *J.C.P.*, 2007.II.10131.

- Note sous Crim. 12 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-039952, *J.C.P. G* 2007, p. 28.

MARGUENAUD (J.-P.) : Note sous CEDH, 20 décembre 2005, *Wisse c/ France*, *AJ pénal* 2006, comm. 128.
- Obs. sous CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France*, *R.S.C.*, 2009, p. 176.

MARON (A.) : Obs. sous Paris, 31 mai 1990, *Dr. pénal* 1991, comm. 50.
- Obs. sous Crim. 18 mars 1991, *Dr. pénal* 1991, comm. 333.
- Note sous Crim. 26 mars 1991, *Dr. pénal* 1991, p. 17.
- Obs. sous Crim. 7 décembre 1993, *Dr. pénal* 1994, comm. 72.
- Obs. sous Crim. 17 mai 1994, *Dr. pénal* 1994, chron. 63.
- Obs. sous Crim. 31 mai 1994, *Dr. pénal* 1994, comm. 194.
- Obs. sous Crim. 3 avril 1995, *Dr. pénal* 1995, comm. 187.
- Note sous Crim. 8 novembre 1995, n° 95-82.877, *Dr. pénal* 1996, comm. 91.
- Obs. sous Crim. 6 février 1996, *Dr. pénal* 1996, comm. 74.
- Obs. sous Crim. 13 février 1996, *Dr. pénal* 1996, comm. 143.
- Obs. sous Crim. 30 mai 1996, *Dr. pénal* 1996, comm. 170 et 174.
- Obs. sous Crim. 20 juin 1996, *Dr. pénal* 1996, comm. 279.
- Note sous Crim. 15 janvier 1997, *Dr pénal* 1997, comm. 55.
- Obs. sous Crim. 4 mars 1998, *Dr. pénal* 1998, comm. 108.
- Obs. sous Crim. 29 avril 1998, *Dr. pénal* 1998, comm. 123.
- Obs. sous Crim. 9 septembre 1998, *Dr. pénal* 1999, comm. 16.
- Obs. sous Crim. 13 octobre 1998, *Dr. pénal* 1999, comm. 33.
- Note sous Crim. 2 décembre 1998, *Dr. pénal* 1999, comm. 136.
- Obs. sous Crim. 13 avril 1999, *J.C.P.*, 2000.I.235.
- Obs. sous Crim. 14 avril 1999, *Dr. pénal* 1999, comm. 124.
- Obs. sous Crim. 5 mai 1999, *Dr. pénal* 1999, comm. 123.
- Obs. sous Crim. 26 mai 1999, *Dr. pénal* 1999, chron. 28.
- Obs. sous Crim. 30 juin 1999, *Procédures* 1999, comm. 155.
- Obs. sous Crim. 23 novembre 1999, *Dr. pénal* 2000, comm. 82.
- Note sous Crim. 15 décembre 1999, *Dr. Pénal* 1999, comm. 50.
- Obs. sous Crim. 26 janvier 2000, *Dr. pénal*, comm. 95.
- Obs. sous Crim. 9 février 2000, *Dr. pénal* 2000, comm. 95, *J.C.P.*, 2000.I.235.
- Obs. sous Crim. 15 février 2000, *Dr. pénal* 2000, comm. 88.
- Obs. sous Crim. 29 février 2000, *Dr. pénal* 2000, comm. 80.
- Obs. sous Crim. 27 juin 2000, *Dr. pénal* 2000, comm. 108.
- Obs. sous Crim. 11 octobre 2000, *Dr. pénal* 2001, comm. 13.
- Obs. sous Crim. 18 octobre 2000, *Dr. pénal* 2001, comm. 13.
- Obs. sous Crim. 25 octobre 2000, *Dr. pénal* 2001, comm. 25.
- Obs. sous Crim. 25 octobre 2000, *Dr. pénal* 2001, comm. 27.
- Obs. sous Crim., 6 décembre 2000, *Dr. pénal* 2001, comm. 39.
- Obs. sous Crim. 12 décembre 2000, *Droit pénal* 2001, comm. 38.
- Note sous Crim. 10 mai 2001, *Dr. pénal* 2002, comm. 23-29.
- Obs. sous Crim. 2 septembre 2003, *Dr. pénal* 2004, comm. 185.
- Obs. sous Crim. 26 novembre 2003, n° 03-81.442, *Dr. pénal* 2004, comm. 57.

- Obs. sous Civ., (2e section), 19 février 2004, *Dr. pénal* 2004, comm. 56.
- Obs. sous Crim. 17 mars 2004, *J.C.P.*, 2004.I.157.
- Obs. sous Crim. 2 septembre 2004, *Dr. pénal* 2004, comm. 96.
- Obs. sous Crim. 1er décembre 2004, *Dr. pénal* 2005, comm. 30.
- Note sous Crim. 7 décembre 2004, n° 02-83.938, *Dr. Pénal* 2005, comm. 50.
- Obs. sous Crim. 4 janvier 2005, *Dr. pénal* 2005, comm. 49.
- Obs. sous Crim. 5 janvier 2005, *Dr. pénal* 2005, comm. 48.
- Obs. sous Crim. 12 octobre 2005, *Dr. pénal* 2006, comm. 17.
- Obs. sous Crim. 13 décembre 2006, *Dr. pénal* 2007, comm. 45.
- Note sous Crim. 21 mars 2007, *Dr. pénal*, n° 6, 2007, comm. 91.
- Note sous Crim. 3 avril 2007, *Dr. pénal*, n° 7-8, 2007, comm. 109.
- Note sous Crim. 4 avril 2007, *Dr. pénal*, n° 7-8, 2007, comm. 110.
- Note sous Crim. 2 mai 2007, *Dr. pénal*, n° 9, 2007, comm. 120.
- Note sous Crim. 3 mai 2007, *Dr. pénal*, n° 11, 2007, comm. 147.
- Note sous Crim. 31 mai 2007, *Dr. pénal*, n° 12, 2007, comm. 163.
- Note sous Civ. (1er section), 19 juin 2007, *Dr. pénal*, n° 9, 2007, comm. 122.
- Note sous Crim. 22 août 2007, *Dr. pénal*, n° 11, 2007, comm. 146.
- Note sous Crim. 26 mars 2008, *Dr. pénal*, n° 9, 2008, comm. 119.
- Obs. sous Crim. 13 novembre 2008, *Dr. pénal*, n° 3, 2009, comm. 43.
- Note sous Crim. 13 mai 2009, *Dr. pénal*, n° 9, 2009, comm. 116.
- Note sous Crim. 27 mai 2009, *Dr. pénal*, n° 9, 2009, comm. 114.

MARSAT (C.) : Obs. sous Crim. 18 octobre 2000, *Dr. pénal* 2001, chron. 23.

MARTIN (R.) : Note sous Crim. 7 mars 1994, *J.C.P.*, 1994.II.22251.
- Note sous Civ., (1e section), 24 juin 1997, *J.C.P.*, 1998.II.10035.
- Note sous Crim. 30 septembre 1998, *J.C.P.*, 1999.I.126.
- Note sous Crim. 30 juin 1999, *J.C.P.*, 1999.II.10177.

MATSOPOULOU (H.) : Note sous Crim. 22 avril 1992, *D.*, 1995, p. 59.

MAYAUD (Y.) : Obs. sous Crim. 24 avril 2007, *R.S.C.* 2007, p. 815.

MAYER (D.) : Note sous Crim. 21 octobre 1980, *D.*, 1981, p. 104.
- Note sous Crim. 12 décembre 2000, *D.*, 2001, p. 1340.

M.-E.C. : Obs. sous Crim. 7 février 2007, *AJ pénal*, n° 5, 2007, p. 233.

MOLINA (A.) : Note sous Aix-en-Provenance, 12 décembre 1996, *J.C.P.*, 1998.II.22975.

MONNET (Y.) : Note sous Crim. 18 janvier 2006, *Gaz. Pal.* 2006, p. 7.

MONTEILS : Note sous Amiens, 8 juillet 1985, *D.*, 1986, p. 602.

MOUYSSET (O.) : Note sous Crim. 30 octobre 2006, *Dr. pénal* 2007, chron. 1.

PANNIER (J.) : Note sous Crim. 28 octobre 1991, *J.C.P.*, 1991.II.21704.

PELTIER (V.) : Note sous Crim. 14 avril 1999, *J.C.P.*, 2000.II.10312.

PENNEAU (J.) : Note sous Crim., 20 septembre 1995, *D.*, 1996, p. 269.

PETTITI (L.) : Obs. sous CEDH, 12 juillet 1988, *Schenk c/ Suisse*, *R.S.C.*, 1988, p. 840.
- Obs. sous CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, *R.S.C.*, 1990, p. 615.
- Obs. sous CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*, *R.S.C.*, 1998, p. 829.

P.L.G. : Note sous Aix-en-Provence, 28 juin 1978, *Gaz. Pal.*, 1979.I.79.

PRADEL (J.) : Note sous CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, *D.*, 1990, p. 353.
- Note sous CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c/ France*, *D.*, 2005, p. 1755.
- Note sous Crim. 9 octobre 1980, *D.*, 1981, p. 333.
- Obs. sous Crim. 6 novembre 1984, *D.*, 1987, somm. p. 82.
- Obs. sous Crim. 23 juillet 1985, *D.*, 1986.I.R.120.
- Note sous Crim. 8 août 1985, *D.*, 1986.I.R.303.
- Note sous Crim. 6 novembre 1986, *D.*, 1987, somm. p. 82.
- Obs. sous Crim. 27 janvier 1987, *D.*, 1987, somm. p. 408.
- Obs. sous Crim. 4 novembre 1987, *D.*, 1988, somm. p. 195.
- Obs. sous Crim. 2 février 1988, *D.*, 1988, somm. p. 358.
- Obs. sous Crim. 26 février 1991, *D.*, 1992, somm. p. 99.
- Obs. sous Crim. 12 mars 1992, *D.*, 1993, somm. p. 207.
- Obs. sous Crim. 23 avril 1992, *D.*, 1992, somm. p. 322.
- Obs. sous Crim. 23 juillet 1992, *D.*, 1993, somm. p. 206.
- Obs. sous Crim. 12 octobre 1993, *D.*, 1994, somm. p. 186.
- Obs. sous Crim. 29 mars 1994, *D.*, 1995, somm. p. 144.
- Obs. sous Crim. 9 mai 1994, *D.*, 1995, somm. p. 145.
- Obs. sous Crim. 11 juillet 1994, *D.*, 1995, somm. p. 141.
- Obs. sous Crim. 3 avril 1995, *D.*, 1995, somm. p. 145.
- Obs. sous Crim. 4 janvier 1996, *D.*, 1996, somm. p. 261.
- Note sous Crim. 6 février 1996, *D.*, 1996, p. 198.
- Obs. sous Crim. 13 février 1996, *D.*, 1996, somm. p. 260.
- Obs. sous Crim. 13 février 1996, *D.*, 1996, somm. p. 258.
- Obs. sous Crim. 20 juin 1996, *D.*, 1997, somm. p. 147.
- Obs. sous Crim. 5 juin 1997, *D.*, 1998, somm. p. 173.
- Obs. sous Crim. 23 mars 1999, *D.*, 1999, somm. p. 324.
- Obs. sous Crim. 14 avril 1999, *D.*, 1999, somm. p. 324.
- Obs. sous Crim. 5 mai 1999, *D.*, 1999, somm. p. 325.
- Note sous Crim. 30 juin 1999, *D.*, 1999, somm. p. 458.
- Obs. sous Crim. 30 juin 1999, *D.*, 1999, somm. p. 222.
- Obs. sous Crim. 1er octobre 2003, *D.*, 2004, p. 671.
- Obs. sous Crim. 2 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 687.
- Obs. sous Crim. 14 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 684.
- Note sous Crim. 4 janvier 2005, *D.*, 2006, p. 620.
- Obs. sous Crim. 23 août 2005, *D.*, 2006, p. 621.
- Obs. sous Crim. 1er mars 2006, *D.*, 2006, p. 22.

- Note sous Crim. 23 mars 2006, *D.*, 2006, p. 2836.
- Note sous Crim. 23 mai 2006, *D.*, 2006, p. 2836.
- Note sous Crim. 3 avril 2007, *D.*, 2007, p. 2141.
- Note sous Crim. 12 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-039952, *D.*, 2007, p. 2141.
- Note sous Ass. plén., 24 novembre 1989, *D.*, 1990, p. 34.
- Note sous Rennes, 27 novembre 1990, *D.*, 1991, p. 318.
- Note sous Soc., 20 novembre 1991, *D.*, 1992, p. 73.
- Note sous T. corr. Paris, 24 janvier 1985, *D.*, 1985.498.

PUIGELIER (C.) : Note sous Crim. 12 décembre 2000, *J.C.P.*, 2001.II.10495.

RASSAT (M.-L.) : Note sous Crim. 6 avril 1993, *J.C.P.*, 1993.II.22144.

REBUT (D.) : Obs. sous Crim. 6 février 1996, *Justices* 1996, p. 286.
- Obs. sous Crim. 13 février 1996, *Justices* 1997, n° 5, comm. 315.
- Obs. sous Crim. 13 novembre 1996, *Justices* 1997, p. 188.
- Note sous Crim. 16 décembre 1997, *RGDP* 1998, chr. 327.
- Note sous Crim. 19 janvier 1999, *J.C.P.*, 1999.II.10156.
- Note sous Crim. 21 janvier 2003, *D.*, 2003, p. 1521.

RENUCCI (J.-F.) : Obs. sous CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*, *D.*, 1999, somm. p. 271.
- Obs. sous Crim. 11 juin 2002, *R.S.C.*, 2002, p. 879.
- Obs. sous Crim. 14 janvier 2003, *R.S.C.*, 2003, p. 884.

ROBERT (J.-M.) : Note sous Crim. 27 septembre 1984, *D.*, 1985, p. 371.

ROETS (D.) : Note sous CEDH, 20 décembre 2005, *Wisse c/ France*, *D.*, 2006, p. 767.

ROUSSEL (G.) : Obs. sous Crim. 23 mai 2006, *AJ pénal* 2006, p. 413.
- Obs. sous Crim. 31 mai 2007, *AJ pénal* 2007, p. 385.
- Obs. sous Crim. 12 février 2008, *AJ pénal* 2008, p. 244.

ROYER (J.-P.) : Obs. sous Crim. 9 janvier 2007, *AJ pénal*, n° 3, 2007, p. 142.
- Obs. sous Crim. 20 mars 2007, pourvoi n° 06-89.250, *AJ pénal*, n° 6, 2007, p. 285.
- Obs. sous Crim. 20 mars 2007, pourvoi n° 06-89.050, *AJ pénal*, n° 6, 2007, p. 231.
- Obs. sous Crim. 21 mars 2007, pourvoi n° 06-89.444, *AJ pénal*, n° 6, 2007, p. 286.
- Obs. sous Crim. 3 avril 2007, pourvoi n° 06-87.264, *AJ pénal*, n° 6, 2007, p. 287.
- Obs. sous Crim. 3 avril 2007, pourvoi n° 07-80.807, *AJ pénal*, n° 6, 2007, p. 285.
- Obs. sous Crim. 26 mars 2008, *AJ pénal* 2008, p. 286.

R.V. : Note sous trib. corr. Seine, 28 février 1949, *J.C.P.*, 1949.II.4786.

SAAS (C.) : Obs. sous Crim. 9 août 2006, *AJ pénal* 2006, p. 510.
- Obs. sous Crim. 19 septembre 2006, *AJ pénal* 2006, p. 508.
- Obs. sous Crim. 24 avril 2007, *AJ pénal*, n° 7-8, 2007, p. 331.
- Obs. sous Crim. 11 juillet 2007, *AJ pénal*, n° 11, 2007, p. 487.

- Obs. sous Crim. 8 août 2007, *AJ pénal*, n° 11, 2007, p. 492.

SANCHEZ (M.) : Note sous Crim. 1er octobre 2003, *D.*, 2004, p. 1845.

SANDER (E.) : Note sous CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c/ France*, *J.C.P.*, 2005.II.10091.

SAVATIER (R.) : Note sous Civ., (2e section), 18 mars 1955, *D.*, 1955, p. 573.

SUDRE (F.) : Obs. sous CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, *R.S.C.*, 1993, p. 33.
- Obs. sous CEDH, 23 avril 1998, *Bernard c/ France*, *J.C.P.*, 1999.I.105.
- Obs. sous CEDH, 9 juin 1998, *Texeira de Castro c/ Portugal*, *J.C.P.*, 1999.I.105.
- Note sous CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, *J.C.P.*, 1999.10193.
- Note sous CEDH, 18 octobre 2001, *Indelicato c/ Italie*, *J.C.P.*, 2002.I.105.
- Note sous CEDH, 23 février 2006, *Tzekov c/ Bulgarie*, *J.C.P.*, 2006.I.164.
- Note sous CEDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, *J.C.P.*, 2007.I.106.

SYR (J.-H.) : Note sous Crim. 8 novembre 1989, *J.C.P.*, 1990.II.21580.

VERGES (E.) : Obs. sous Crim. 11 mai 2006, *AJ pénal* 2006, p. 354.

VERON (M.) : Obs. sous Crim. 23 mai 1995, *Dr. pénal* 1995, comm. 220.
- Obs. sous Crim. 13 février 1996, *J.C.P.*,1997.I.3998.
- Obs. sous Crim. 22 janvier 1997, *Dr. pénal* 1997, comm. 78.
- Obs. sous Crim. 13 octobre 1999, *Procédures* 2000, comm. 74.

VIENNE : Note sous Crim. 25 mai 1954, *J.C.P.*, 1954.II.8411.

VIRRIOT-BARRIAL (D.) : Note sous Aix-en-Provence, 22 décembre 1993, *D.*, 1994, p. 566.

VITU (A.) : Obs. sous Crim. 11 juin 1970, *R.S.C.*, 1971, p. 108.

VI. DECISIONS DE JURISPRUDENCE

A. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, req. 5310/71, Série A, n° 25.

CEDH, 27 février 1980, *Deweer c/ Belgique*, req. 6903/75, Série A, n° 35.

CEDH, 23 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. 7525/76, Série A, n° 45.

CEDH, 10 décembre 1982, *Foti c/ Italie*, Série A, n° 56.

CEDH, 25 mars 1983, *Minelli c/ Suisse*, req. 8660/79, Série A, n° 62.

CEDH, 5 octobre 1988, *H. c/ France*, req. 11799/85.

CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 145-B.

CEDH, 6 décembre 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo c/ Espagne*, Série A, n° 146.

CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, Série A, n° 176-A et 176-B.

CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, req. 12244/86, 12245/86 et 12383/86, Série A, n° 182.

CEDH, 27 septembre 1990, *Kostovski c/ Pays-Bas*, Série A, n° 186.

CEDH, 19 décembre 1990, *Delta c/ France*, req. 11444/85, Série A, n°191-A, §47.

CEDH, 25 mars 1992, *Campbell c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 233.

CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi c/ Suisse*, Série A, n° 238.

CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, req. n° 12850/87, Série A, n° 241-A, §115.

CEDH, 16 décembre 1992, *Niemetz c/ Allemagne*, Série A, n° 251-B.

CEDH, 25 février 1993, *Crémieux c/ France*, Série A, n° 256-B.

CEDH, 25 février 1993, *Funke c/ France*, Série A, n° 256-A.

CEDH, 25 février 1993, *Miailhe c/ France*, Série A, n° 256-C.

CEDH, 4 décembre 1995, *Ribitsch c/ Autriche*, Série A, n° 336.

CEDH, 8 février 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, *Recueil* 1996-I, § 45.

CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c/ Pays Bas*, req. 20524/92.

CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. 17488/90, Recueil 1996-II.

CEDH, 17 décembre 1996, Saunders c/ Royaume-Uni, req. 19187/91.

CEDH, 23 avril 1997, *Van Mechelen c/ Pays Bas*, req. 21363/93.

CEDH, 23 avril 1998, *Bernard c/ France*, req. 22885/93.

CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*, req. 23618/94.

CEDH, 28 octobre 1998, *Assenov et a. c/ Bulgarie*, req. 24760/94.

CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, req. 25803/94.

CEDH, 24 juillet 2001, *Valasinas c/ Lituanie*, req. 44558/98

CEDH, 24 janvier 2002, *Turquin c/ France*, req. 43467/98.

CEDH, 21 mars 2002, *Calabro c/ Italie*, req. 17426/02.

CEDH, 13 juin 2002, *Anguelova c/ Bulgarie*, req. 38361/97.

CEDH, 25 février 2003, *Roemen c/ Luxembourg*, req. 51772/99.

CEDH, 8 juillet 2003, *Hatton et a. c/ Royaume Uni*, req. 36022/97.

CEDH, 22 juillet 2003, *Ayse Tepe c/ Turquie*, req. 29422/95.

CEDH, 1er avril 2004, *Rivas c/ France*, req. 59584/00.

CEDH, 19 mai 2004, *R.L. et M.-J.D. c/ France*, req. 44568/98, § 134.

CEDH, 9 décembre 2004, *Van Rossem c/ Belgique*, req. 41872/98.

CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c/ France*, req. 57752/00.

CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, req. 59842/00.

CEDH, 25 octobre 2005, *Fedotov c/ Russie*, req. 5140/02.

CEDH, 20 décembre 2005, *Wisse c/ France*, req. 71611/01.

CEDH, 20 mars 2006, *Wisse c/ France*, req. 71611/01.

CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, req. 7508/02.

CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France*, req. 3394/03.

CEDH, 20 novembre 2008, *Maire d'Eglise c/ France*, req. 20335/04

CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, req. 36391/02

CEDH, 24 septembre 2009, *Pishchalnikov c/ Russie*, req. 7025/04

CEDH 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, req. 7377/03.

B. JURISPRUDENCE FRANCAISE

Ass. plén., 7 mai 2002, *Juris-Data* n° 015312.

Ass. plén., 22 novembre 2002, *Juris-Data* n° 016547.

Ass. plén., 1er décembre 2004, *Juris-Data* n° 2005-026136.

Crim., 27 septembre 1884, *Bull. crim.*, n° 275.

Crim., 11 décembre 1908, *Bull. crim.*, n° 495.

Crim., 16 décembre 1954, *Bull. crim.*, n° 408.

Crim., 13 janvier 1956, *Bull. crim.*, n° 465.

Crim., 4 décembre 1956, *Bull. crim.*, n° 503.

Crim., 18 février 1958, *Bull. crim.*, n° 163.

Crim., 16 décembre 1958, *Bull crim.*, n° 760.

Crim., 15 octobre 1959, *Bull. crim.* n° 435.

Crim., 22 octobre 1959, *Bull. crim.*, n° 457.

Crim., 5 avril 1960, *Bull. crim.*, n° 209.

Crim., 17 mars 1960, *Bull. crim.*, n° 156.

Crim., 24 juillet 1961, *Bull. crim.*, n° 353.

Crim., 26 février 1963, *Bull. crim.*, n° 92.

Crim., 11 janvier 1967, *Bull. crim.*, n° 22.

Crim., 20 décembre 1967, n° 66-92.779.

Crim., 4 octobre 1968, *Bull. crim.*, n° 245.

Crim., 10 novembre 1970, *Bull. crim.*, n° 294.

Crim., 2 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 71.

Crim., 30 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 113 et 114.

Crim., 20 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 210.

Crim., 12 octobre 1972, *Bull. crim.*, n° 284.

Crim., 23 janvier 1973, *Bull. crim.*, n° 28.

Crim., 15 mai 1973, *Bull. crim.*, n° 221.

Crim., 3 octobre 1973, *Bull. crim.* n° 343.

Crim., 11 décembre 1973, *Bull. crim.*, n° 459.

Crim., 9 novembre 1976, *Bull. crim.*, n° 320.

Crim., 20 janvier 1977, *Bull. crim.*, n° 28.

Crim., 23 mars 1977, *Bull. crim.*, n° 109.

Crim., 14 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 199.

Crim., 2 octobre 1979, *Bull. crim.*, n° 266.

Crim., 30 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 165.

Crim., 23 avril 1981, *Bull. crim.*, n° 117.

Crim., 4 janvier 1982, *Bull. crim.*, n° 2.

Crim., 23 mars 1982, *Bull. crim.*, n° 85.

Crim., 21 juillet 1982, *Bull. crim.*, n° 196.

Crim., 13 octobre 1982, *Bull. crim.*, n° 281.

Crim., 14 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 219.

Crim., 17 juillet 1984, *Bull. crim.*, n° 259.

Crim., 27 septembre 1984, *Bull. crim.*, n° 275.

Crim., 15 octobre 1984, *Bull. crim.*, n° 298.

Crim., 20 novembre 1984, *Bull. crim.*, n° 355.

Crim., 19 février 1985, *Bull. crim.*, n° 79.

Crim., 11 juin 1985, *Bull. crim.*, n° 226.

Crim., 23 juillet 1985, *Bull. crim.*, n° 275**.**

Cim., 8 octobre 1985, *Bull. crim.*, n° 301.

Crim., 19 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 113.

Crim., 9 avril 1986, *Bull. crim.*, n° 121.

Crim., 26 mai 1986, *Bull. crim.*, n° 173.

Crim., 2 septembre 1986, *Bull. crim.*, n° 251.

Crim., 18 novembre 1986, *Bull. crim.*, n° 345.

Crim., 27 janvier 1987, *Bull. crim.*, n° 41.

Crim., 28 janvier 1987, *Bull. crim.*, n° 48.

Crim., 24 février 1987, *Bull. crim.*, n° 93.

Crim., 26 avril 1987, *Bull. crim.*, n° 173.

Crim., 24 juin 1987, *Bull. crim.*, n° 267.

Crim., 1er septembre 1987, *Bull. crim.*, n° 308.

Crim., 2 février 1988, *Bull. crim.*, n° 52.

Crim., 23 février 1988, *Bull. crim.*, n° 91.

Crim., 15 mars 1988, *Bull. crim.*, n° 128.

Crim., 28 février 1989, *Bull. crim.*, n° 96.

Crim., 21 mars 1989, *Bull. crim.*, n° 139.

Crim., 13 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 254.

Crim., 19 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 261.

Crim., 29 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 261.

Crim., 22 août 1989, *Bull. crim.*, n° 307.

Crim., 17 octobre 1989, *Bull. crim.*, n° 77.

Crim. 18 décembre 1989, *Bull. crim.*, n° 485.

Crim., 9 janvier 1990, *Bull. crim.*, n° 16.

Crim., 24 avril 1990, *Bull. crim.*, n° 152.

Crim., 15 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 193.

Crim., 28 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 216.

Crim., 15 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 117.

Crim., 17 juillet 1990, *Bull. crim.*, n° 286.

Crim., 26 septembre 1990, *Bull. crim.*, n° 321.

Crim., 2 octobre 1990, *Bull. crim.*, n° 327.

Crim., 24 octobre 1990, *Bull. crim.*, n° 355.

Crim., 6 novembre 1990, *Bull. crim.*, n° 369.

Crim., 26 novembre 1990, *Bull. crim,*, n° 401.

Crim., 26 février 1991, *Bull. crim.*, n° 96.

Crim., 26 février 1991, *Bull. crim.*, n° 97.

Crim., 19 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 133

Crim., 15 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 179.

Crim., 23 octobre 1991, *Bull. crim.*, n° 371.

Crim., 28 octobre 1991, *Bull. crim.*, n° 381.

Crim. 9 décembre 1991, *Bull. crim.*, n° 465.

Crim., 9 janvier 1992, *Bull. crim.*, n° 6.

Crim. 14 janvier 1992, *Bull. crim.*, n° 13.

Crim., 28 janvier 1992, *Bull. crim.*, n° 32.

Crim., 30 janvier 1992, *Bull. crim.*, n° 42.

Crim., 11 février 1992, *Bull. crim.*, n° 64.

Crim., 10 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 105.

Crim., 12 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 112.

Crim., 23 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 123.

Crim., 22 avril 1992, *Bull. crim.*, n° 172.

Crim., 12 mai 1992, *Bull. crim.*, n° 187.

Crim., 3 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 478.

Crim., 2 juillet 1992, *Bull. crim.*, n° 266.

Crim., 23 juillet 1992, *Bull. crim.*, n° 74.

Crim., 20 janvier 1993, *Bull. crim*., n° 29.

Crim., 2 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 93.

Crim., 15 juin 1993, *Bull. crim*., n° 210.

Crim., 16 juin 1993, *Bull. crim*., n° 239.

Crim., 5 juillet 1993, *Bull. crim*., n° 236.

Crim., 12 octobre 1993, *Bull. crim*., n° 287.

Crim., 27 octobre 1993, *Bull. crim*., n° 316.

Crim., 7 décembre 1993, *Bull. crim.*, n° 372.

Crim., 1er mars 1994, *Bull. crim*., n° 80.

Crim., 7 mars 1994, *Bull. crim*., n° 87.

Crim., 7 mars 1994, *Bull. crim*., n° 89.

Crim., 29 mars 1994, *Bull. crim*., n° 118.

Crim., 6 avril 1994, *Bull. crim.*, n° 136.

Crim., 9 mai 1994, *Bull. crim*., n° 174.

Crim., 17 mai 1994, *Bull. crim*., n° 186.

Crim., 31 mai 1994, *Bull. crim*., n° 213.

Crim., 22 juin 1994, *Bull. crim*., n° 247.

Crim., 11 juillet 1994, *Bull. crim*., n° 273.

Crim., 12 juillet 1994, *Bull. crim*., n° 279.

Crim., 23 août 1994, *Bull. crim.*, n° 291.

Crim., 17 octobre 1994, *Bull. crim*., n° 333.

Crim., 20 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 111.

Crim., 3 avril 1995, *Bull. crim*., n° 140.

Crim., 23 mai 1995, *Bull. crim*., n° 193.

Crim., 18 juillet 1995, *Bull. crim*., n° 258.

Crim., 20 septembre 1995, *Bull. crim*., n° 276.

Crim., 17 octobre 1995, *Bull. crim*., n° 310.

Crim., 8 novembre 1995, *Bull. crim*., n° 341.

Crim., 29 novembre 1995, *Bull. crim*., n° 363.

Crim., 6 décembre 1995, *Bull. crim*., n° 369.

Crim., 4 janvier 1996, *Bull. crim*., n° 5.

Crim., 6 février 1996, *Bull. crim*., n° 55.

Crim., 6 février 1996, *Bull. crim.*, n° 60.

Crim., 8 février 1996, *Bull. crim.*, n° 72.
Crim., 13 février 1996, *Bull. crim.*, n° 73.
Crim., 13 février 1996, *Bull. crim.*, n° 74.
Crim., 17 février 1996, *Bull. crim.*, n° 316.
Crim., 27 février 1996, *Bull. crim.*, n° 93.
Crim., 27 mars 1996, *Bull. crim.*, n° 137.
Crim., 30 avril 1996, *Bull. crim.*, n° 182.
Crim., 7 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 189.
Crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 226.
Crim., 5 juin 1996, *Bull. crim.*, n° 240.
Crim., 20 juin 1996, *Bull. crim.*, n° 270.
Crim., 17 septembre 1996, *Véraldi et a.: Juris-Data* n° 003917.
Crim., 3 décembre 1996, *Bull. crim.*, n° 443.
Crim., 15 janvier 1997, *Bull. crim.*, n° 14.
Crim., 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 49.
Crim., 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 55.
Crim., 12 février 1997, *Massey* : *Juris-Data* n° 0013411.
Crim., 19 février 1997, *Bull. crim.*, n° 66.
Crim., 26 février 1997, *Bull. crim.*, n° 78.
Crim., 12 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 99.
Crim., 12 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 100.
Crim., 13 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 105.
Crim., 2 avril 1997, *Bull. crim.*, n° 131**.**
Crim., 6 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 172.
Crim., 6 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 174.
Crim., 6 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 177.
Crim., 5 juin 1997, *Bull. crim.*, n° 229.
Crim., 11 décembre 1997, *Bull. crim.*, n° 424.
Crim., 16 décembre 1997, *Bull. crim.*, n° 427.
Crim., 14 janvier 1998, n° 97-83.662, *Samot*.
Crim., 4 février 1998, *Bull. crim.*, n° 64.
Crim., 11 février 1998, *Bull. crim.*, n° 55.
Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.*, n° 84.

Crim., 5 mars 1998, *Bull. crim.*, n° 89

Crim., 1er avril 1998, *Bull. crim.*, n° 124.

Crim., 29 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 14.

Crim., 29 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 145.

Crim., 30 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 147.

Crim., 30 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 182.

Crim., 5 mai 1998, *Bull. crim.*, n° 147.

Crim., 9 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 187.

Crim., 18 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 200.

Crim., 25 juin 1998, *Ting et a : Juris-Data* n° 003475.

Crim., 4 août 1998, *Bull. crim.*, n° 222.

Crim., 9 septembre 1998, *Bull. crim.*, n° 229.

Crim., 30 septembre 1998, *Bull. crim.*, n° 243.

Crim., 6 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 24.

Crim., 13 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 254.

Crim., 13 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 259.

Crim., 14 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 260.

Crim., 17 novembre 1998, *Bull. crim.*, n° 302.

Crim., 24 novembre 1998, *Bull. crim.*, n° 314.

Crim., 1er décembre 1998, *Bull. crim.*, n° 323.

Crim., 19 janvier 1999, *Bull. crim.*, n° 9.

Crim., 23 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 51.

Crim., 30 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 59.

Crim., 13 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 301.

Crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 82.

Crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 87.

Crim., 11 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 91.

Crim., 26 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 105.

Crim., 2 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 120.

Crim., 8 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 124.

Crim., 9 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 129.

Crim., 23 juin 1999, pourvoi n° 98-84.701.

Crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 172.

Crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 176.

Crim., 5 octobre 1999, *Bull. crim.*, n° 206.

Crim., 6 octobre 1999, *Bull. crim.*, n° 210.

Crim., 4 novembre 1999, *Bull. crim.*, n° 247.

Crim., 23 novembre 1999, *Bull. crim.*, n° 269.

Crim., 14 décembre 1999, deux arrêts, *Bull. crim.*, n° 301 et 302.

Crim., 15 décembre 1999, *Bull. crim.*, n° 311.

Crim., 19 janvier 2000, *Bull. crim.*, n° 33.

Crim., 26 janvier 2000, *Bull. crim.*, n° 46.

Crim., 9 février 2000, *Bull. crim.*, n° 64.

Crim., 15 février 2000, *Bull. crim.*, n° 68.

Crim., 16 février 2000, *Bull. crim.*, n° 72.

Crim., 29 février 2000, *Bull. crim.*, n° 91.

Crim., 29 février 2000, *Bull. crim.*, n° 92.

Crim., 29 février 2000, *Bull. crim.*, n° 93.

Crim., 8 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 109.

Crim., 21 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 127.

Crim., 28 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 136.

Crim., 28 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 137.

Crim., 18 avril 2000, *Bull. crim.*, n° 148.

Crim., 19 avril 2000, *Bull. crim.*, n° 160.

Crim., 10 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 181.

Crim., 10 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 182.

Crim., 11 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 186.

Crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 190.

Crim., 17 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 196.

Crim., 14 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 224.

Crim., 15 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 229.

Crim., 22 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 242.

Crim., 27 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 246.

Crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 251.

Crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 265.

Crim., 11 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 296.

Crim., 12 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 370.
Crim., 18 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 99.
Crim., 24 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 306.
Crim., 25 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 315.
Crim., 8 novembre 2000, *Bull. crim.*, n° 335.
Crim., 5 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 362.
Crim., 6 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 367.
Crim., 12 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 369.
Crim., 13 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 377.
Crim., 19 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 383.
Crim., 20 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 386.
Crim., 11 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 7.
Crim., 30 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 26.
Crim., 30 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 221.
Crim., 7 février 2001, *Bull. crim.*, n° 91.
Crim., 9 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 115.
Crim., 10 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 118.
Crim., 27 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 163.
Crim., 30 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 221.
Crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 95.
Crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 238.
Crim., 28 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 248.
Crim., 12 décembre 2001, *Bull. crim.*, n° 369.
Crim., 9 janvier 2002, *Bull. crim.*, n° 2.
Crim., 5 février 2002, *Bull. crim.*, n° 21 et 22.
Crim., 6 février 2002, *Bull. crim.*, n° 26.
Crim., 14 mai 2002, *Bull. crim.*, n° 111.
Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 132.
Crim., 22 octobre 2002, *Bull. crim.*, n° 191.
Crim., 14 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 6.
Crim., 15 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 10.
Crim., 4 février 2003, n° 02-81.720, Perol, inedit.
Crim., 25 février 2003, *Bull. crim.*, n° 50.

Crim., 6 mai 2003, *Bull. crim.*, n° 93.

Crim., 9 juillet 2003, n° 03-82.124, *Bourigault.*

Crim., 16 septembre 2003, *Bull. crim.*, n° 160.

Crim., 1er octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 176.

Crim., 1er octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 177.

Crim., 15 octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 193.

Crim., 25 novembre 2003, *Bull. crim.*, n° 211.

Crim., 25 novembre 2003, *Bull. crim.*, n° 221.

Crim., 10 décembre 2003, *Bull. crim.*, n° 243.

Crim., 17 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 69.

Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 76.

Crim., 28 avril 2004, *Bull. crim.*, n° 102.

Crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254.

Crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521.

Crim., 23 juin 2004, pourvoi n° 04-82638.

Crim., 2 septembre 2004, *Bull. crim.*, n° 196.

Crim., 7 septembre 2004, n° 03-85.956.

Crim., 8 septembre 2004, n° 03-87.428.

Crim., 14 septembre 2004, *Bull. crim.*, n° 206.

Crim., 13 octobre 2004, *Bull. crim.*, n° 243.

Crim., 26 octobre 2004, *Bull. crim.*, n° 255.

Crim., 1er décembre 2004, *Bull. crim.*, n° 302.

Crim., 4 janvier 2005, *Bull. crim.*, n° 3.

Crim., 5 janvier 2005, *Bull. crim.*, n° 6.

Crim., 5 janvier 2005, *Bull. crim.*, n° 9.

Crim., 2 février 2005, *Bull. crim.*, n° 41.

Crim., 16 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 97.

Crim., 12 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 125.

Crim., 8 juin 2005, *Bull. crim.*, n° 173.

Crim., 23 août 2005, *Bull. crim.*, n° 209.

Crim., 27 septembre 2005, *Bull. crim.*, n° 237.

Crim., 6 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 321.

Crim., 7 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 327.

Crim., 18 janvier 2006, *Bull. crim.*, n° 22.

Crim., 1er mars 2006, *Bull. crim.*, n° 59.

Crim., 23 mars 2006, *Bull. crim.*, n° 139.

Crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.*, n° 132.

Crim., 9 août 2006, *Bull. crim.*, n° 202.

Crim., 13 décembre 2006, *Bull. crim.*, n° 312.

Crim., 24 janvier 2007, *K. :* Juris-Data n° 2007-037382.

Crim., 31 janvier 2007, *Bull. crim.*, n° 27.

Crim., 7 février 2007, *Bull. crim.*, n° 37.

Crim., 21 février 2007, *Bull. crim.*, n° 55.

Crim., 6 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 71.

Crim., 20 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 85.

Crim., 21 mars 2007, pourvoi n° 06-89.444.

Crim., 3 avril 2007, *Bull. crim.*, n° 102.

Crim., 24 avril 2007, *Bull. crim.*, n° 108.

Crim., 31 mai 2007, *Bull. crim.*, n° 146.

Crim., 12 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 155.

Crim., 26 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 72.

Crim., 12 février 2008, *Bull. crim.*, n° 35.

Crim., 13 février 2008, *Bull. crim.*, n° 40.

Crim., 27 février 2008, *Bull. crim.*, n° 53.

Crim., 26 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 76.

Crim., 9 juillet 2008, *Bull. crim.*, n° 170.

Crim., 17 septembre 2008, *Bull. crim.*, n° 191.

Crim., 13 novembre 2008, *Bull. crim.*, n° 230.

Crim., 12 mai 2009, pourvoi n° 09-81.434.

Crim., 27 octobre 2009, pourvoi n° 09-82.505.

Ass. plén., 24 novembre 1989, *Bull. crim.*, n° 440.

Cass. soc., 20 novembre 1991, *Bull. civ.*, n° 519.

Chambres réunies, 31 janvier 1888, *Aff. Wilson, S.*, 1889.I.241.

Civ. 2e, 24 février 2000, *Bull. Civ.* II, n° 34.

Civ. 2e, 11 janvier 2001, *Bull. civ.*, II, n° 3.

Civ. 2e, 2 juillet 2002, *Bull. civ.*, II, n° 154.

Civ. 2e, 4 juillet 2002, *Bull. crim.*, n° 154.

Civ. 2e, 10 octobre 2002, *Bull. civ.* II, n° 215.

Civ. 2e, 23 janvier 2003, n° 01-50.066, *Bull. Civ.* II, n° 13.

Civ. 2e, 24 avril 2003, *Bull. civ.*, n° 108.

Civ. 2e, 22 mai 2003, *Bull. civ.*, n° 152.

Civ. 2e, 5 février 2004, *Bull. civ.*, n° 44.

Civ. 2e, 19 février 2004, *Bull. civ. II,* n° 70.

Cons. const., déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977.

Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 19 et 20 janvier 1981.

Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 décembre 1983.

Cons. const., déc. n° 89-258 DC du 8 juillet 1989.

Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993

Cons. const., déc. n° 95-360 DC du 2 février 1995.

Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.

Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

Grenoble 29 janvier 1997, *J.C.P.*, 1997.IV.2054.

Limoges, 23 septembre 2003, *D.*, 2003, I.R., 2411.

T. corr. Paris, 19 mars 1974, *Gaz. Pal.*, 1974.1.376.

TGI Bobigny, ord., 30 novembre 2009, Zohir S.

TGI Epernay, 20 avril 2001.

Versailles, 26 septembre 1988, *Dr. pénal* 1996, chron. 4.

VII. ARTICLES DE PRESSE

BELLAN Marie, *Honoraires des avocats pour les particuliers : la justice est saisie*, Les Echos, 25 mai 2010.

DE CHARRETTE Laurence, *Avocats commis d'office : le grand gâchis*, Le Figaro, 26 mars 2009.

- *Ce que propose le rapport Léger sur la procédure pénale*, Le Figaro, 1er septembre 2009.
- *Divergences autour de la réforme de la garde à vue*, Le Figaro, 30 novembre 2009.
- *Instruction : le financement du rôle accru des avocats*, Le Figaro, 10 février 2010.
- *Juge d'instruction : la stratégie des petits pas*, Le Figaro, 16 novembre 2009.
- *L'offensive des avocats pour réformer la garde à vue*, Le Figaro, 17 novembre 2009.

- *Polémique après le placement en garde à vue d'une avocate*, Le Figaro, 19 novembre 2009.
- *Suppression du juge d'instruction : pas avant 2012*, Le Figaro, 31 août 2009.

Exclusif : en France, les gardes à vue seraient toutes illégales, France Info, 17 novembre 2009.

GALAUD Flore, *Le rapport qui enterre le juge d'instruction*, Le Figaro, 29 août 2009.

Garde à vue «repensée» : les syndicats de police sceptiques, Le Figaro, 22 novembre 2009.

Hortefeux et la réforme de la garde à vue, France Info, 13 septembre 2010.

L.C. : *Fouilles corporelles et usages des menottes trop fréquents*, Le Figaro, 30 novembre 2009.

LECLERC Jean-Marc, *Polémique après la garde à vue d'une mineure de 14 ans*, Le Figaro, 10 février 2010.

Le parquet, enjeu de la réforme pénale, par Mireille Delmas-Marty Le Monde, 26 mai 2009.

Les avocats manifestent contre le projet de réforme de la garde à vue, Ouest France, 29 septembre 2010.

Les frais d'avocat deux fois plus élevés pour les particuliers que pour les entreprises, France Info, 17 mai 2010.

Nullité des gardes à vue en l'absence de l'avocat dès le début de celles-ci, Le Monde, 18 novembre 2009.

PORTMANN Anne, *Le combat de toute la profession*, Actuel Avocat, 8 juillet 2010.

Réformer le parquet est inéluctable, par Mireille Delmas-Marty, Le Monde, 5 avril 2010.

ROVAN Anne, *MAM juge désormais «inutile» le secret de l'instruction*, Le Figaro, 16 novembre 2009.

SALLES Alain, *Les avocats contestent la légalité de la garde à vue*, Le Monde, 18 novembre 2009.
- *Réforme de la procédure pénale en France : le président Sarkozy engage la justice dans une refonte majeure*, Le Monde, 2 septembre 2009.

VAMPOUILLE Thomas, *Réforme de la garde à vue : ce que propose Alliot-Marie*, Le Figaro, 11 février 2010.

VIII. PAGES WEB CITEES

- http://www.cabinetaci.com/la-preuve-en-droit-penal.html
- http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-discussion/projet-loi-relatif-protection-du-secret-sources-journalistes.html
- http://www.syndicat-magistrature.org/Pre-rapport-Leger-une-claire.html
- http://www.senat.fr/rap/a08-493/a08-4938.html
- http://www.senat.fr/rap/l01-245/l01-2456.html
- http://www.senat.fr/rap/l97-083/l97-0831.html
- http://www.senat.fr/noticerap/2009/lc204-notice.html
- http://www.barreaulyon.com/fr/Le-Barreau-de-Lyon/Actualites/La-presence-necessaire-de-l-avocat-lors-d-une-garde-a-vue-reaffirmee-par-la-CEDH
- http://www.recrulex.com/Article/CB-1381-Articles-Le-salari%c3%a9-qui-emporte-des documents-pour-se-d%c3%a9fendre-en-justice-nest-pas-un-voleur/?cbsid=106e0dc7416f4a3e932d8cfe47e003bc-321710310-R3-4&ns_siteid=ns_fr_g_crim.,_16_mars_1999_&ArticleID=1381&cbRecursionCnt=2
- http://tempsreel.nouvelobs.com/dossier/libertes-sous-pression/20091117.OBS8046/les-gardes-a-vue-sont-toutes-illegales.html
- http://www.courdecassation.fr/article6401.html
- http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../cahiers-du-conseil/cahier-n-16
- http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1997_76/deuxieme_partie_etudes_documents_78/mme_anne_5710.html
- http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/troisieme_partie_jurisprudence_cour_147/droit_penal_procedure_penale_157/juridictions_correctionnelles_police_6190.html
- http://www.raison-publique.fr/Le-testing-contre-les.html
- http://membres.multimania.fr/traficdedrogue/sommaire.html
- http://www.respectdeslois.fr/archive/2010/02/10/25-mars-deputes-et-garde-a-vue.html

- http://blogdesinnocents.canalblog.com/archives/605___loi_outreau_du_5_mars_2007/index.html
- http://www-cdpf.u-strasbg.fr/L’extension%20des%20droits%20des%20parties.html
- http://www-cdpf.u-strasbg.fr/Preuves%20par%20dissimulation.html
- http://www-cdpf.u-strasbg.fr/Les%20dispositions%20relatives%20%C3%A0%20la%20poursuite%20et%20%C3%A0%20l%E2%80%99enqu%C3%AAte.htm
- http://www.cesdip.fr/spip.php?article163
- http://www.legifrance.gouv.fr/
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Enqu%C3%AAte_de_flagrance
- http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_l_interieur/la_police_nationale/organisation/dcpj/actes-enquete
- http://cnb.avocat.fr/Projet-de-loi-tendant-a-limiter-et-encadrer-les-gardes-a-vue-un-projet-perfectible_a928.html
- http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-14/22-qpc/decision-n-2010-14-22-qpc-du-30-juillet-2010.48931.html
- http://www.cnb.avocat.fr/Le-CNB-se-felicite-de-la-decision-du-Conseil-constitutionnel-imposant-l-assistance-effective-d-un-avocat-en-garde-a-vue_a922.html
- http://forum.framasoft.org/viewtopic.php?t=24437
- http://www.lesaf.org/index.php?view=items&cid=45%3Ainformations&id=256%3Alelargissement-du-secret-defense-une-menace-pour-les-libertes-publiques&format=pdf&option=com_flexicontent
- http://www.tnova.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=804
- http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0856-t1.asp#P1209_214600
- http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp.
- http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3505.asp
- http://www.e-juristes.org/expose-enquete-preliminaire-flagrance-et-commission-rogatoire-1377/

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Action civile : 34, 47, 105, 106

Action publique : 11, 28, 43, 44, 46, 82, 106, 161, 271, 320, 335, 379, 423, 427

Agent de police judiciaire : 59, 60, 135, 177, 178, 242, 253, 254, 255, 343, 376, 399, 401

Agent de police judiciaire adjoint : 242, 343

Agent infiltré : 172, 181, 182, 203

Aide juridictionnelle : 444

Aliénation d'objets saisis : 295, 298

Armes : 59, 174, 284

Arrestation : 57, 125, 126, 134, 339

Article préliminaire du Code de procédure pénale : 106, 153, 160, 232, 245, 342, 376, 437

Assentiment : 126, 131, 132, 133, 134, 190, 192, 195, 240, 244, 267, 274, 275, 358

Association de malfaiteurs : 82, 137, 167, 371, 395

Audition : 85, 86, 89, 93, 104, 105, 147, 351

Auto-accusation (droit de ne pas s'auto-accuser) : 352, 403, 405 et suiv., 413

Autorisation préalable à la perquisition : 133, 134, 139, 267, 268, 269

Avertissement d'un proche en garde à vue : 385 et suiv.

Aveu : 17, 18, 19, 80, 147, 391, 406

Avocat

- **accès au dossier** : 401, 406, 413
- **écoutes téléphoniques** : 311, 312, 317, 329
- **garde à vue** : 359, 369, 374, 391 et suiv., 443
- **perquisition** : 256, 257, 279, 287, 288
- **secret professionnel** : 126, 151, 152, 187, 188
- **sonorisation** : 328

Avoué : 84, 257, 258, 279, 289

B

Bande organisée : 14, 136, 137, 138, 195, 196, 265, 324, 325, 364, 395, 414

Bâtonnier : 19, 257, 287, 288, 293, 311, 398, 399, 407

Brutalités policières : 143 et suiv., 387

C

Cabinet

- **avocat** : 61, 84, 191, 257, 260, 287, 288, 293, 296, 311, 328
- **avoué** : 84, 258, 289, 328
- **huissier** : 84, 258, 289, 328
- **médecin** : 84, 258, 289, 328
- **notaire** : 84, 258, 289, 328

Cadres juridiques d'investigation : 30

Captation de la parole ou de l'image d'une personne : 19, 26, 321

Chambre de l'enquête et des libertés : 101, 103, 107

Chambre de sûreté : 337, 339

Cinémomètre : 154, 301

Clameur publique : 37, 38, 124

Code d'instruction criminelle : 11, 36, 38, 54, 60, 65, 66, 84, 133, 250, 256, 275, 295, 337

Coercition : 54, 58, 66, 68, 71, 123, 124, 126, 130, 133, 135

Commission de réflexion sur la justice pénale : 32, 96, 98, 104, 338, 347, 393, 396, 401, 425

Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau : 32, 98, 107, 112, 441

Commission « Justice pénale et droits de l'homme » : 97, 109, 118, 119

Commission rogatoire : 75

- **actes juridictionnels** : 83, 84
- **audition de la partie civile** : 85, 86
- **audition du témoin assisté** : 85, 86
- **contrôle des actes** : 87
- **délégataires** : 77
- **écoute téléphonique** : 84
- **exécution** : 87
- **forme** : 80, 81, 82
- **générale** : 82, 83, 84
- **subdélégation** : 78

Conseil constitutionnel : 7, 18, 110, 148, 152, 177, 196, 238, 246, 268, 270, 325, 330, 334, 400, 407, 408, 415

Consentement à perquisition : 125, 129, 130 et suiv., 195, 274

Constatation et examen technique ou scientifique : 18, 46, 59, 127

Contradictoire (principe du) : 117, 190, 200, 319

Contrainte du témoin : 86, 89, 129, 134, 353

Convention européenne des droits de l'homme : 13, 17, 21, 28, 110, 143, 149, 151, 152, 154, 156, 163, 169, 172, 219, 232, 235, 259, 303, 313, 323, 351, 374, 378, 380, 403, 406

Cour européenne des droits de l'homme : 22, 109, 116, 143, 150, 160, 171, 203, 219, 304, 319, 378, 406, 410, 411, 413

Crime flagrant : 34 et suiv., 64, 123, 124, 240, 283

Criminalité organisé

- **écoutes téléphoniques** : 140, 309, 310, 314, 315
- **garde à vue** : 139, 364, 365, 390, 394, 395, 396
- **infiltration** : 138, 178 et suiv., 181, 182
- **infractions** : 136 et suiv.
- **perquisition** : 139, 266
- **sonorisation** : 139, 324, 325, 326
- **surveillance** : 138, 176 et suiv.

D

Date (commission rogatoire) : 80, 81

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : 13, 340

Déclaration universelle des droits de l'homme : 486

Déferrement du gardé à vue : 372 et suiv.

Délégation judiciaire : 75 et suiv.

Délinquance organisée : 136, 138, 140, 174, 175, 277, 309, 310, 325, 394, 395, 396, 438

Délit clandestin : 53, 73

Délit flagrant : 34, 35, 36, 64, 123, 124, 240, 283

Dénonciation anonyme : 51

Destruction d'objets saisis : 298, 299

Détecteur de mensonge : 147, 301

Détournement de procédure : 192, 270, 321

Dignité : 18, 20, 142, 145, 146, 149, 242, 243, 244, 301, 375, 387

Disparition suspecte : 45

Domicile : 20, 150, 235 et suiv., 250

Données informatiques : 153, 285

Douanes : 168, 177, 186, 193, 245, 359, 369

Drogues *Voir stupéfiants* : 102, 174, 175, 176, 179, 203, 265, 272, 276, 324, 366, 395, 396

Droits de la personne placée en garde à vue : 376, 379, 382, 385, 387, 391

Droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination : 352, 403, 405, 406, 408, 409, 413, 487

Durée

- **écoute téléphonique** : 314
- **enquête de flagrance** : 62
- **enquête préliminaire** : 73
- **commission rogatoire** : 80
- **garde à vue** : 360, 364, 365
- **sonorisation** : 329

E

Ecoutes téléphoniques : 140, 154, 301

Ecoutes clandestines : 185, 186, 188, 209, 210, 213, 216, 223

Enquête de mort suspecte : 41 et suiv.

Enquête préliminaire

- **contrôle** : 70 et suiv.
- **notion** : 65 et suiv.

Enquête sur infraction flagrante : 35

- **direction** : 58, 60, 62
- **domaine** : 54
- **durée** : 62
- **notion de flagrance** : 36, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53

Enquêtes

- **infraction flagrante** : 35
- **mort suspecte** : 41
- **préliminaire** : 64
- **recherche d'une personne disparue** : 45
- **recherche d'une personne en fuite** : 48

Enregistrement audiovisuel : 420, 423

Enregistrement de la parole : 139, 185, 186, 187, 188, 209, 210, 220, 306, 321, 327

Entreprise de presse : 126, 154, 256, 258, 279, 289, 328

Entretien avec avocat : 359, 369, 391 et suiv.

Ethylomètre : 301

Examen médical : 387 et suiv.

Excès de vitesse : 154, 301

Expertise : 19, 42, 59, 84, 189

F

Fixation d'images de certains lieux et véhicules : 102, 153, 321

Flagrance : 34, 35, 124, 253, 255, 267

Fouille corporelle : 241 et suiv.

Fouille de véhicule : 246 et suiv.

G

Garde à vue

- **avocat** : 391, 396, 399
- **commission rogatoire** : 352
- **contrôle** : 414, 418
- **criminalité et délinquance organisées** : 364, 390, 394
- **cumul** : 367, 368
- **durée** : 355, 360, 364, 365, 372
- **enregistrement audiovisuel** : 420, 423
- **examen médical** : 387, 388, 389
- **information du gardé à vue** : 376, 379, 381, 384
- **majeur** : 344, 350, 360, 364, 387
- **mineur** : 354, 365, 390
- **notion** : 337, 338, 339, 340
- **nullités** : 430
- **officier de police judiciaire** : 342, 343
- **point de départ** : 355
- **prévenir un proche** : 385, 386
- **procès-verbal** : 428
- **prolongation** : 361 et suiv.
- **suspect** : 344
- **témoin** : 350 et suiv.

H

Heures légales *perquisition* : 128, 244, 263, 264, 265, 266, 267, 331

Huissier : 84, 126, 258, 279, 289, 328

Hypnose : 18, 147

I

Immunités : 56, 57, 58, 69

Infiltration : 178 et suiv.

Information de la famille : 385 et suiv.

Information du gardé à vue sur ses droits : 376, 379, 381, 384

Information

- **recherche d'une personne disparue** : 46, 47
- **recherche des causes de la mort** : 42 et suiv.

Instruction

- **collégialité** : 31, 32, 98, 441
- **commission rogatoire** : 75
- **écoutes téléphoniques** : 154, 301, 309, 313, 315
- **perquisition** : 250, 254, 267, 270, 272

Interception de correspondances émises par la voie des télécommunications : 140, 154, 301, 314

Interprète : 275, 317, 334, 381, 382, 383, 400

Intimité : 19, 141, 149, 156, 185, 198, 216, 220, 241, 242, 243, 246, 320

Ivresse : 148, 239, 301, 329

J

Journaliste : 155, 156, 258, 289, 317

Juge d'instruction ***Voir instruction***

- **commission rogatoire** : 75, 76, 79, 81, 83, 87
- **enquête sur infraction flagrante** : 42, 43, 46, 62
- **suppression** : 31, 32, 96, 97, 99

Juge de l'enquête et des libertés : 101, 105, 106, 117

Juge des libertés et de la détention : 135, 139, 140, 257, 267, 287, 290, 310, 314, 318, 332, 364, 365

L

Légalité : 16, 141, 142, 149, 174, 186, 229

Liberté de la preuve : 14, 15, 28, 159

Liberté d'expression : 142, 156

Livraison surveillée ou contrôlée de stupéfiants : 174 et suiv.

Locaux secret-défense : 260, 290

Loyauté : 89, 159, 160, 162, 164, 174, 175, 176, 178, 182, 197, 200, 217, 229

M

Magnétophone : 18

Mainlevée de la saisie : 295

Mandat de recherche : 61

Mauvais traitement : 143, 144, 388

Médecin ***Voir garde à vue*** : 126, 387 et suiv.

Mineurs : 341, 354, 365, 386, 390, 392, 420

Ministère public : 15, 30, 60, 72, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 108, 128, 135, 278, 362, 414, 418

Mort suspecte : 41, 42

N

Narco-analyse : 17, 147, 301

Narcose : 147, 301

Notaire : 84, 126, 256, 258, 279, 289, 328

Nullités : 230, 416, 430, 432

O

Officier de police judiciaire

- **commission rogatoire** : 78, 79, 85, 86, 89, 90 et suiv.
- **enquête préliminaire** : 70, 71, 72, 74
- **flagrant délit** : 490 et suiv.

- **garde à vue** : 342, 343
- **perquisition** : 253, 254, 255

Outreau : 31, 32, 96, 98, 107, 112, 347, 377, 378, 400, 424, 441

P

Palpation de sécurité : 241, 242

Parquet : 31, 32, 42, 44, 46, 61, 62, 63, 65, 67, 70, 71, 72, 73, 95, 95, 96, 97, 98, 100, 107, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 133, 314, 317, 319, 325, 361, 372, 386, 405, 411, 414, 418, 427, 442

Partie assistée : 104, 105, 115

Partie citoyenne : 106, 107

Partie civile : 43, 44, 47, 85, 86, 103, 105, 106, 107, 115

Perquisition

- **avocat** : 257
- **avoué** : 258
- **criminalité organisée** : 266, 267, 268, 269, 270, 271
- **domicile (notion)** : 251, 252
- **entreprise de presse** : 258
- **fouille corporelle** : 241 et suiv.
- **heures légales** : 263 et suiv.
- **huissier** : 258
- **lieux** : 250 et suiv.
- **médecin** : 258
- **notaire** : 258
- **notion** : 238 et suiv.
- **nullités** : 280, 281
- **palpation de sécurité** : 241, 242

Pièges : 162, 172

Polygraphe : 18, 147, 301

Pratiques discriminatoires : 199

Préfet : 343

Prélèvement sur le corps : 18, 148

Presse : 84, 126, 155, 258, 328

Prévenir un proche : 385, 386

Procès-verbal

- **garde à vue** : 428
- **perquisition** : 279

Procureur de la République : 28, 31, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 92, 99, 100, 102, 103, 104, 110, 113, 116, 117, 120, 131, 134, 135, 175, 177, 179, 194, 240, 246, 247, 253, 265, 266, 271, 273, 276, 279, 284, 290, 293, 295, 296, 297, 314, 317, 329, 334, 342, 349, 352, 354, 361, 364, 366, 388, 408, 414, 421, 424, 442

Proportionnalité, principe de… : 140, 152, 229, 345

Prostitution : 182, 265

Provocation : 163, 164, 174, 175, 180, 183

Proxénétisme : 137, 265

R

Rapport Léger : 97, 98, 104, 109, 441

Recherche des causes d'une mort : 41, 42, 43, 44

Recherche des causes de blessures graves suspectes : 44

Recherche d'une personne disparue : 45 et suiv.

Recherche d'une personne en fuite : 48

Registre (garde à vue) : 419

Réquisition du chef de maison : 41

Restitution d'objets saisis : 295, 297

Rétention du témoin : 350

Rumeur : 38

Ruse : 89, 163, 164, 190, 310

S

Saisie : 283

- **billets de banque** : 284
- **documents couverts par le secret professionnel** : 287, 289, 290
- **documents de nature informatique** : 285
- **mainlevée** : 295

Scellés : 292

Secret professionnel

- **avocat** : 126, 151, 152, 187, 188, 191, 229, 257, 287, 311, 317, 328
- **avoué** : 84, 257, 258, 279, 289
- **huissier** : 84, 258, 289, 328
- **journaliste** : 154, 224, 258, 289, 317
- **médecin** : 84, 258, 289, 328
- **Notaire** : 84, 258, 289, 328

Sérum de vérité : 18

Silence (droit au) : 352, 378, 403, 406, 408, 409, 413

Sonorisation : 139, 150, 321 et suiv.

Stratagèmes : 162, 185, 313 et suiv.

Stupéfiants : 164, 174, 175, 176, 179, 203, 265, 272, 276, 324, 366, 395, 396

Surveillance : 167, 176, 177, 178

T

Témoignage anonyme : 182

Témoin

- **commission rogatoire** : 85 et suiv.
- **garde à vue** : 350 et suiv.

Terrorisme : 136, 150, 174, 247

- **garde à vue** : 266, 267, 268, 269, 276
- **perquisition** : 365, 367, 391, 395, 406, 424, 425, 426

Testing : 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207

Torture : 19, 20, 136, 142, 143, 375

V

Véhicules : 126, 139, 246, 247, 248, 249, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328

Vérification d'identité : 241, 359, 360

Vie privée : 21, 141, 149, 156, 186, 196, 209, 223, 232, 235, 304

Violences : 142, 217, 219, 388, 425

Visite

- **domiciliaire** : 238 et suiv.
- **du véhicule** : 246 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS……..4

RESUMES ET MOTS CLES……5

SOMMAIRE……..6

LISTE DES ABREVIATIONS……7

INTRODUCTION…….10

PARTIE I : LE DOMAINE DES ACTES D'INVESTIGATION……24

TITRE I : LES ACTES D'INVESTIGATION REGLEMENTES PAR LA LOI……27

CHAPITRE I: LES CADRES JURIDIQUES D'INVESTIGATION…….....30

SECTION I : LES ENQUETES DE POLICE EFFECTUEES D'OFFICE……...34

&I- l'enquête de flagrance……....35

A- L'ouverture de l'enquête de flagrance……...36

1- La flagrance de l'infraction……36

a- Les différents cas de flagrance……...36

aa- Les cas principaux de flagrance……37

i- Le crime ou le délit se commettant actuellement……..37

ii- Le crime ou le délit venant de se commettre……...38

iii- La poursuite de la personne par la clameur publique……38

iv- La découverte d'une personne trouvée en possession d'objets ou présentant des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé à l'infraction……..39

bb- Les cas spécifiques justifiant l'application des règles de la flagrance……40

i- Les deux cas traditionnels……..41

§1- La réquisition du chef de maison……41

§2- L'enquête de mort suspecte……42

ii- Les trois cas de flagrance ajoutés par les lois récentes…….44

§1- La recherche des causes d'une disparition suspecte ……..45

§2- La recherche des blessures graves d'une victime……...47

§3- La recherche d'une personne en fuite……48

b- La notion de flagrance……....49

aa- Le critère temporel……49

bb- Le critère de l'apparence……...50

2- La gravité de l'infraction……54

B- Le déroulement de l'enquête de flagrance……..56

1- Les acteurs intervenant tout au long de l'enquête……..56

a- Les personnes visées par l'enquête……56

b- La direction de l'enquête……58

aa- Le principe : La direction par l'officier de police judiciaire…….58

bb- L'exception maintenue : La direction par le procureur de la République……60

cc- L'exception supprimée : La direction par le juge d'instruction……..62

2- La durée de l'enquête de flagrance……....62

&II- L'enquête préliminaire……..65

A- Les caractères généraux de l'enquête préliminaire……....65

1- Histoire de l'enquête préliminaire……65

2- Utilité de l'enquête préliminaire……67
3- Champ d'application de l'enquête préliminaire…….68
B- Le déclenchement de l'enquête préliminaire…….69
1- Autorités ayant l'initiative…….70
a- La police judiciaire……70
b- Le procureur de la République……..72
2- La durée de l'enquête préliminaire……73
a- La durée lors de la saisine sur instructions du procureur de la République……...73
b- La durée dans le cas de la saisine d'office….....74
SECTION II : LES ENQUETES SUR DELEGATION JUDICIAIRE……75
&I- Les conditions de délivrance des commissions rogatoires……76
A- Les délégataires…….77
B- L'objet de la délégation……79
1- Principe de généralité des commissions rogatoires……...81
2- Les limitations……...83
a- Les actes insusceptibles de délégation……..83
b- Les actes strictement réservés aux magistrats ……..85
c- Les actes pouvant être délégués à un officier de police judiciaire……85
&II- L'exécution des commissions rogatoires……..87
A- La direction du juge d'instruction…….87
B- L'exercice des pouvoirs délégués……..89
C- Les prérogatives propres de l'officier de police judiciaire délégué….....90
1- Découverte des faits nouveaux étrangers à la saisine *in rem*…….....91
2- Le pouvoir exclusif de l'officier de police judiciaire : La garde à vue.....93
SECTION III : L'AVANT-PROJET DU FUTUR CODE DE PROCEDURE PENALE ET SES CONSEQUENCES……96
&I- La réorganisation de la procédure pénale autour d'un cadre unique d'enquête……...98
A- La conduite de l'enquête…….99
B- Le contrôle de l'enquête…….....101
1- Le juge de l'enquête et des libertés……..101
2- Le tribunal de l'enquête et des libertés……103
C- Les droits des parties à l'enquête……..103
&II- Sur la conformité de la future réforme aux grands principes européens……108
CHAPITRE II : LES CONDITIONS D'EXECUTION DES ACTES D'INVESTIGATION……....122
SECTION I : L'ETENDUE DES POUVOIRS D'INVESTIGATION……..123
&I-Variation du régime selon le cadre juridique……...123
A- Des pouvoirs fortement coercitifs en flagrance……...124
B- Des pouvoirs coercitifs importants dans le cadre d'une commission rogatoire……..128
C- Des pouvoirs de coercition réduits en préliminaire…….....130
1- Des actes d'enquête réputés non coercitifs…….....130
2- Le développement coercitif de l'enquête préliminaire…….....134
&II- Variation du régime selon la nature des faits…….....136

SECTION II : LES LIMITES POSEES PAR CERTAINS PRINCIPES CONSACRES PAR LA CONVENTION EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME…….141
&I- Le respect de la dignité humaine…….....142
A- Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme…….....142
B- Textes et jurisprudence internes…….....146
&II- Le respect du droit à la vie privée…….....149
&III- Le respect de la liberté d'expression……...154

TITRE II : LES ACTES D'INVESTIGATION NON REGLEMENTES PAR LA LOI…….....158
CHAPITRE I : LES PREUVES RECUEILLIES PAR LES AUTORITES POLICIERES ET JUDICIAIRES…….....162
SECTION I : PROVOCATION POLICIERE …….....163
&I- Les applications jurisprudentielles……....164
&II- Les pratiques de provocation légitimées par le législateur……...174
A- La provocation dans certains secteurs graves de la criminalité……..174
B- La provocation en matière de criminalité organisée……...175
1- La surveillance……176
2- L'infiltration……...178
C- La provocation dans des matières autres que celle de la criminalité organisée……182
SECTION II : INFORMATIONS OBTENUES PAR DES STRATAGEMES……..184
SECTION III : LES DETOURNEMENTS DE PROCEDURE……..192
CHAPITRE II : LES PREUVES PRODUITES PAR LES PARTIES…….....198
SECTION I : LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES……..199
SECTION II : LES ATTEINTES A LA VIE PRIVEE…….....209
&I- Application en jurisprudence……209
A- Jurisprudence de la chambre criminelle……..210
B- Jurisprudence des chambres civiles et sociales……...220
&II- La responsabilité pénale de l'auteur du délit……223

CONCLUSION PARTIE I……229

PARTIE II : LE REGIME DES ACTES D'INVESTIGATION ATTENTATOIRES AUX LIBERTES INDIVIDUELLES…….....231

TITRE I : LES « ACTES INTRUSIFS »……234
CHAPITRE I : LES METHODES « TRADITIONNELLES » AYANT POUR FINALITE LA RECHERCHE DES PREUVES…….....236
SECTION I : LES PERQUISITIONS……..237
&I- La notion de la perquisition…….....238
A- Le droit de perquisition et la visite domiciliaire……..238
B- Les actes assimilables aux perquisitions……..241
1- La fouille des personnes……..241
a- Palpation de sécurité……241
b- Fouilles intégrales…….....243

c- Investigations corporelles internes……..244
2- La fouille des véhicules……..246
a- Domaine……..247
aa- Les fouilles sur mandat du procureur de la République…….....247
bb- Les fouilles sur soupçon de participation à une infraction flagrante…….248
cc- Les fouilles préventives…….248
b- Modalités d'organisation…….249
&II- Le déroulement des perquisitions……..250
A- Les conditions de fond……...250
1- Les lieux de la perquisition…….250
2- Les titulaires du droit de perquisition…….253
a- Régime général……253
b- Régime particulier des locaux couverts par le secret……..256
aa- Cabinet ou domicile d'un avocat……...257
bb- Cabinet d'un médecin, notaire, avoué, huissier……258
cc- Locaux de presse……258
dd- Locaux abritant des secrets de la défense nationale…….....260
3- Le moment de la perquisition…….....263
a- L'interdiction des introductions nocturnes……..263
b- Les exceptions à la protection nocturne du domicile……..264
aa- Lieux ouverts au public……..264
bb- En matière de proxénétisme…….....265
cc- En matière de stupéfiants……..265
dd- En matière de criminalité organisée……..266
i- Conditions de fond……...266
§1- Lors d'une enquête de flagrance…….....267
§2- Lors d'une enquête préliminaire…….....267
§3- Lors de l'exécution d'une commission rogatoire……...267
ii- Conditions de forme…….....269
iii- Conditions d'exécution…….....270
B- Les conditions de forme…….....271
1- Présence de l'intéressé…….271
a- Principe……272
b- Modalités particulières…….273
2- Condition de consentement…….274
a- L'assentiment exprès en enquête préliminaire…….274
b- Les limites à l'exigence du consentement…….....276
3- La rédaction d'un procès-verbal des opérations……..279
C- La sanction de l'inobservation des garanties des perquisitions……...280
SECTION II : LES SAISIES…….....283
&I- La nature des objets saisis……..283
A- Saisie des espèces, lingots, effets ou valeurs……...284
B- Saisie des billets de banque ou pièces de monnaie libellés en euros contrefaits…….....284
C- Saisie des données informatiques……285
D- Saisie des documents auprès des professionnels…….287
1- Cabinet ou domicile d'un avocat…….287
2- Cabinet d'un médecin, notaire, avoué ou huissier……...289

3- Locaux de presse…….289
4- Locaux secret-défense……290
&II- Le sort des objets saisis……292
A- Mise sous scellés des objets saisis……..292
B- Suites de la saisie……295
1- Mainlevée de saisie……295
2- Restitution des objets saisis……295
a- Restitution par le juge d'instruction……295
b- Attributions du procureur de la République ou du procureur général en matière de restitution des objets saisis……...287
3- Destruction ou aliénation des objets saisis……..298

CHAPITRE II : LE RECOURS A DES DISPOSITIFS « TECHNIQUES » D'OBTENTION DES PREUVES……301
SECTION I : LES INTERCEPTIONS DES CORRESPONDANCES EMISES PAR VOIE DE TELECOMMUNICATIONS……..303
&I- Les conditions d'interceptions……306
A- Les conditions de fond……306
1- Notion d'interception……...306
2- Domaine d'interception……...308
a- Cas d'interception……309
aa- Au cours d'une commission rogatoire……...309
bb- Au cours des enquêtes de police……....309
b- Personnes susceptibles d'être mises sur écoute……...311
B- Les conditions de forme……...312
1- Décision d'interception……312
a- Autorisation du juge d'instruction……...313
b- Ordonnance du juge des libertés et de la détention…….....314
2- Durée de l'interception……314
a- Interceptions ordonnées par le juge d'instruction……315
b- Interceptions autorisées par le juge des libertés et de la détention……315
&II- La procédure d'interception…….....315
A- Mise en œuvre technique de l'interception……..316
B- Transcription des correspondances interceptées……..317
C- Contrôle des interceptions…….....318
SECTION II : LES SONORISATIONS ET FIXATIONS D'IMAGES….....321
&I- Les conditions des sonorisations et fixations d'image……324
A- Champ d'application……324
B- Conditions relatives aux lieux……...327
C- Décideur des sonorisations et fixations d'images……329
&II- Les modalités d'exécution des sonorisations et fixations d'images……..331
A- Mise en place du dispositif technique…….....331
1- L'introduction dans les lieux ou véhicules…….....331
2- L'intervention de tiers…….....333
B- Conditions de transcription et de destruction des enregistrements…....333

TITRE II : LES ATTEINTES A LA LIBERTE D'ALLER ET VENIR : LA GARDE A VUE…….....336
CHAPITRE I : LE PLACEMENT EN GARDE A VUE……...341
SECTION I : LA DECISION DU PLACEMENT EN GARDE A VUE…….....342
SECTION II : LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA GARDE A VUE……...344
&I- Les majeurs…….....344
A- Limitation de la garde à vue aux suspects……344
B- Rétention des témoins…….....350
&II - Les mineurs…….....354
SECTION III : LA DUREE DE LA GARDE A VUE…….....355
&I- Le début de la garde à vue…….....355
&II- Le cours du délai de la garde à vue…….....360
A- Cas des majeurs……360
1- Régime applicable en matière d'infractions de droit commun.....360
2- Régime applicable en matière d'infractions commises en bande organisée……364
B- Cas des mineurs……365
C- Les gardes à vue multiples……367
&III- L'issue de la garde à vue……..372
CHAPITRE II : LES GARANTIES ENTOURANT LA GARDE A VUE……..375
SECTION I : LES DROITS DU GARDE A VUE…….376
&I- L'information du gardé à vue sur ses droits……376
A- Le contenu de l'information…….376
B- Les modalités de notification……379
1- Le moment de la notification…….....379
2- La langue de la notification……..382
3- Les formes de la notification……384
&II- L'exercice des droits par le gardé à vue…….....385
A- L'avertissement d'un proche……385
1- Le régime applicable aux majeurs……385
2- Le régime applicable aux mineurs……386
B- Le droit d'être examiné par un médecin……...387
1- Le régime général…….388
a- La réquisition de l'examen médical…….....388
b- La mise en œuvre de l'examen médical…….....389
2- Les règles particulières…….390
a- Cas des mineurs……390
b- Régime d'exception en matière de criminalité organisée…….390
C- Le droit à un entretien avec un avocat…….....391
1- Le moment de l'entretien……..391
a- Le régime de droit commun……..392
b- Les règles propres à la criminalité et la délinquance organisées……394
2- La mise en œuvre de l'entretien……....396
3- Le déroulement de l'entretien……...399
SECTION II : LE CONTROLE DE LA GARDE A VUE…….....414
&I- Le contrôle des autorités judiciaires…….....414
A - L'information de l'autorité judiciaire……..414

B- Le contrôle des locaux de garde à vue…….....418
&II- L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires…….....420
A- L'enregistrement des interrogatoires des mineurs……420
B- L'enregistrement des interrogatoires des majeurs…….....423
&III- La consignation des diligences de l'officier de police judiciaire…….....428
SECTION III : LA SANCTION DES IRREGULARITES DE LA GARDE A VUE…….....430

CONCLUSION PARTIE II……436

CONCLUSION GENERALE…….....439

ANNEXE……445

BIBLIOGRAPHIE…….469

INDEX ALPHABETIQUE……507